Merc. 128 fm
Levy

DER

CONTOCORRENT-VERTRAG.

VON

J. A. LEVY.

AUTORISIRTE DEUTSCHE AUSGABE.

MIT BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG

DER

NEUEREN DEUTSCHEN THEORIE UND PRAXIS

HERAUSGEGEBEN

VON

DR. J. RIESSER,

RECHTSANWALT IN FRANKFURT A. M.

FREIBURG I. B. UND TÜBINGEN 1884

AKADEMISCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG VON J. C. B. MOHR

(PAUL SIEBECK.)

Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
in Freiburg i. B.

Handbuch des Oeffentlichen Rechts.

Unter Mitwirkung vieler Gelehrten des In- und Auslandes

herausgegeben von

Dr. H. Marquardsen

Professor in Erlangen,
Mitglied des Reichstags und der bayer. Abgeordnetenkammer.

I. Band. I. Halbband.

Gareis, Allgemeines Staatsrecht.
Hinschius, Staat und Kirche.
Lex. 8. (XIV. 380 S.) M. 9.

I. Band. II. Halbband
erscheint 1884 und enthält:

Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht.
Marquardsen, Politik.
Bulmerincq, Völkerrecht.

II. Band. I. Halbband.

Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches.
Leoni, Staatsrecht von Elsass-Lothringen.
Lex. 8. (VI. 312 S.) M. 8.

II. Band. II. Halbband
ist **unter der Presse** und enthält:

H. Schulze, Staatsrecht des Königreichs Preussen.
Leuthold, Staatsrecht des Königreichs Sachsen

Unter der Presse:

III. Band. I. Halbband. 1. Abth.: **Bayern.** Bearbeitet von Professor Dr. Vogel in Erlangen.
Preis ca. M. 4.

III. Band. I. Halbband. 2. Abth.: **Württemberg.** Bearbeitet von Landgerichtsrath Dr. L. von Gaupp in Ellwangen.
Preis ca. M. 3.

III. Band. I. Halbband. 3. Abth.: **Baden** und **Hessen.** Bearbeitet von Ministerialrath Dr. K. Schenkel in Karlsruhe und Professor Dr. C. Gareis in Giessen.
Preis ca. M. 2.

III. Band. II. Halbband. 1.—3. Abtheilung enthaltend: Das Staatsrecht der **übrigen** deutschen Staaten.

IV. Band. I. Halbband. 1. Abtheilung. **Oesterreich.** Bearbeitet von Professor Dr. J. Ulbrich in Prag.

Jeder Band und jede Abtheilung ist auch einzeln käuflich.

DER

CONTOCORRENT-VERTRAG.

VON

J. A. LEVY.

AUTORISIRTE DEUTSCHE AUSGABE.

MIT BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG
DER
NEUEREN DEUTSCHEN THEORIE UND PRAXIS

HERAUSGEGEBEN
VON
Dr. J. RIESSER,
RECHTSANWALT IN FRANKFURT A. M.

FREIBURG I. B. UND TÜBINGEN 1884
AKADEMISCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG VON J. C. B. MOHR
(PAUL SIEBECK.)

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Inhaltsverzeichniss.

Seite

§ 1. Doppelter Charakter des Contocorrentvertrags 1
§ 2. Doppeltes Missverständniss des juristischen Characters 3
§ 3. Nachweisung des ersten Missverständnisses 5
§ 4. Aehnliche (ältere) französische Irrlehre 9
§ 5. Aehuliche (neuere) französische Irrlehre 13
§ 6. Nachweisung des zweiten Missverständnisses 17
§ 7. Bedeutung der l. 5 § 4 D. de praescr. verb. 19. 5 20
§ 8. Ursprung des zweiten Missverständnisses 23
§ 9. Folgen des zweiten Missverständnisses 27
§ 10. Credit im nationalöconomischen Sinne 30
§ 11. Die Theorie des Vertrauens 33
§ 12. Credit als Thatsache 35
§ 13. Geschichtliche Fehler dieser Ansicht 38
§ 14. Geschichtliche Eehler dieser Ansicht (Fortsetzung) 42
§ 15. Sachliche Gefahr dieser Ansicht 45
§ 16. Entgegengesetzte Auffassung des Credits 49
§ 17. Credit im juristischen Sinne 53
§ 18. Verhältniss des Credits zum mutuum 56
§ 19. Verhältniss des Credits zu:
a) Stipulation.
b) pactum de non petendo.
c) pactum de mutuo dando 61
§ 20. Der moderne Credit 64
§ 21. Umfang des modernen Credits 69
§ 22. Gegenseitige Creditgewährung 78
Anhang (des Herausgebers): Begriff des Credits 82
§ 23. Contocorrent als Vertrag 86
§ 24. Contocorrent als Vertrag (Fortsetzung) 90
§ 25. Eröffnung des Contocorrents 96
§ 26. Rechtsfolge des Contocorrents 100
§ 27. Posten des Contocorrents 110
§ 28. Posten des Contocorrents (Fortsetzung) 115
§ 29. Aufmachung der Bilanz 123
§ 30. Die Abrechnung als blosse Rechnungsoperation 127
§ 31. Die Abrechnung als blosse Rechnungsoperation (Fortsetzung) . . . 131
§ 32. Abschluss des Contocorrents 135
§ 33. Abschluss des Contocorrents (Fortsetzung) 140

§ 34. Feststellung des Saldos. Abrechnung.
a) Zusendung des Contocorrents 147
§ 35. Feststellung des Saldos. Abrechnung.
b) Recht der Theilung 153
§ 36. Feststellung des Saldos. Abrechnung.
c) Gesetzliche Compensation 160
§ 37. Feststellung des Saldos Abrechuung.
d) Vertragsmässige Compensation 165
§ 38. Feststellung des Saldos. Abrechnung.
e) Schulderneuung 173
§ 39. Feststellung des Saldos. Abrechnung
f) Schulderneuerung 187
§ 40. Feststellung des Saldos. Abrechnung.
g) Ausschliessung anderer Schuldverhältnisse 193
§ 41. Feststellung des Saldos. Abrechnung.
h) Rechtsfolgen . 200
§ 42. Contocorrent-Klage 205
§ 43. Sicherheit für den Contocorrent 210
§ 44. Kredithypothek — Potestativbedingung 216
§ 45. Kredithypothek — Priorität 222
§ 46. Kredithypothek — Billigkeit 227
§ 47. Kredithypothek — Hypothek für Credit 233
§ 48. Resultate . 247
§ 49. Gerichtsstand, Provision } Vom 249
§ 50. Resultate . } Heraus- 253
§ 51. Der Contocorrentvertrag in der internationalen Gesetzgebung } geber 255

Berichtigungen.

Auf Seite 37 Anm. a Zeile 6 von unten lies statt: a. a. O.: Endemann.
„ „ 39 „ a „ 3 „ „ „ statt: dann: denn.
„ „ 39 „ 2 „ 2 „ oben „ statt: creditnm: creditum;
„ „ 79 „ a „ 3/4 „ „ „ statt: periodischen: [periodischen].
„ „ 82 (Anhang) „ 4 „ „ „ statt: Leitung: Leistung.
„ „ 100 Anm. a „ 1 „ „ „ statt: erstre: erst re.
„ „ 116 „ a „ 15 „ „ „ statt: vorliegt) unmöglich: vorliegt) während der Contocorrentdauer unmöglich;
Auf Seite 143 Anm. a Zeile 2 von unten lies statt: der Empfänger seitens des Einsenders: der Empfänger nach Contocorrentschluss seitens des Einsenders.
Auf Seite 143 Anm. a Zeile 4 von unten lies statt: diese nur: diese alsdann nur;
„ „ 143 „ a „ 4 „ „ ist das Citat zu streichen.
„ „ 170 „ a „ 2 „ „ lies statt: des constitutum: das constitutum

Vorbemerkung des Herausgebers.

Der von echt wissenschaftlichem Geiste durchwehte „rekening courant“ des holländischen Rechtsgelehrten J. A. Levy, auf welchen mich zuerst die Kritik aufmerksam machte, welche Laband in der „Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht“ (Bd. XIX p. 653) darüber veröffentlicht hat, ist bereits im Jahre 1873, also drei Jahre vor der bekannten Grünhut'schen Arbeit über den nämlichen Gegenstand, erschienen.

Soweit es erforderlich, und, ohne den Umfang des Werkes allzusehr zu vergrössern, thunlich erschien, habe ich die Literatur und Rechtssprechung seit 1873, sowie praktisch besonders wichtige Fragen in Anmerkungen[1]) speciell berücksichtigt; die Anfangs geplante Beschränkung auf die deutsche Theorie und Praxis liess sich nicht durchführen.

Möglichste Kürze ist überall angestrebt worden, jedoch konnten im Original behandelte, aber inzwischen ausser Streit gekommene Fragen, wenn dem Buche der Charakter einer Monographie erhalten bleiben sollte, nicht völlig übergangen werden.

Ich hoffe und wünsche von Herzen, dass diese neue (unter Weglassung des allgemeinen Theiles erscheinende) deutsche Ausgabe auch nach der vortrefflichen Abhandlung Grünhut's nicht ganz ohne Nutzen und nicht ohne Interesse sei.

Möge sie wenigstens dazu beitragen, eine lebhaftere, gewiss für beide Theile fruchtbringende Verbindung und Wechselwirkung deutscher und holländischer Jurisprudenz in Anregung zu bringen!

Frankfurt a. Main, im November 1883.

Dr. J. Riesser.

[1]) Die mit Zahlen bezeichneten Anmerkungen stammen vom Verfasser, die mit Buchstaben bezeichneten vom Herausgeber dieses Buches. Die Paragraphen 49 bis 51 sind vom Herausgeber neu hinzugefügt worden.

Berichtigungen.

Seite 30, Anm. 1. lies statt Apellhofs: Cassationshofs.

Seite 37, Anm. a. lies statt a. a. O.: Endemann, Handbuch ed. 1881/2.

Seite 39, Anm. 2. lies statt creditnm: creditum.

§ 1. Doppelter Character des Contocorrentvertrages.

Betrachtet man den Contocorrent als Rechtsinstitut, so muss vor Allem gegen eine Gleichstellung desselben mit römischrechtlichen Begriffen gewarnt werden, welche auf Grund einer oberflächlichen, aber nur vermeintlichen Uebereinstimmung auf eine falsche Spur führen. Die Handelsrechtsforscher haben namentlich auf dem Gebiete des Wechsels recht sehr von dergleichen Bestrebungen zu leiden gehabt — das erklärliche, aber doch etwas unbedachte und undurchdachte Resultat der vorherrschenden historischen Richtung. Meistens haben die Ergebnisse dieser Bestrebungen etwas Gezwungenes, das sich zwar bald erkennen lässt, von dessen Wirkung aber man sich eher Rechenschaft geben kann, als von dessen Ursache. Der Vortheil, den sie vor Allem zu gewinnen suchen, die Anwendbarkeit einer Reihe römischrechtlicher Auffassungen und Gedanken auf Schöpfungen des modernen Verkehrs, erweist sich sehr bald als ein imaginärer. Aber auch wenn man solche Bestrebungen als wissenschaftliche Erscheinung, als Resultat einer selbstständigen Analyse ansieht, darf man sich ihrer nur behutsam bedienen, wenn sie nicht, vielleicht ohne dass sie es wollen, zu manchen Nachtheilen Anlass geben sollen. Mag die historische Analyse auch, wenn der Stoff vorhanden, den Blick erweitern, so hindert und verdüstert sie doch die Aussicht, wenn der Stoff, statt sich darzubieten, nur mit Hülfe des Microscops gesucht und kaum gefunden wird. Unbefangenheit ist ein Haupterforderniss unparteiischer Erforschuug auch der von dem Rechtsleben in seinem Entwickelungsgange gestellten Forderungen. Diese Eigenschaft muss sich jedoch vor einer gefährlichen Klippe hüten. Bewusst oder unbewusst befinden wir uns Alle unter dem Einflusse moderner Auffassungen, und sind wir geneigt, diese oder jene Analogien auf ein Stadium des Rechtsverkehrs zu übertragen, welches man a priori als Ausgangspunkt aufgestellt hat. Es ergibt sich hieraus eine zweifache Wirkung in zweifach verkehrter Richtung. Die zum Massstab der Vergleichung dienende Gruppe von Erscheinungen wird über ihren Werth geschätzt, und dasjenige Rechtsinstitut, welches man historisch zu erklären sucht, verliert an Werth was jene mit Unrecht gewinnt. Beide Fehler in der juristischen

Construction haben natürlich besondere Folgen. Leztere aber lassen sich am stärksten erkennen bei der Schilderung eines modernen Rechtsinstituts.

Wird dies nicht, wie erforderlich, in seinem vollen rechtmässigen Werthe erkannt, so kann es sich unmöglich frei und ungezwungen entwickeln. Durch oberflächlichen Schein missleitet, fühlt man sich allzuleicht bewogen, einen nebensächlichen Umstand zur Hauptsache zu machen. Bei zusammengesetzten Rechtsbegriffen, und als solcher erscheint der Contocorrentvertrag gleich auf den ersten Blick, liegt eine derartige Gefahr auf der Hand, und ist ernstlich zu fürchten. Bei auch nur oberflächlicher Untersuchung findet man ohne viele Mühe einen Zug, welcher irgend einem ursprünglichen Muster in der classischen Rechtswelt entspricht; dies wird dann kurzweg für das Vorbild genommen, und die Wirklichkeit danach geformt, gestaltet, bis sie missgestaltet ist. Nach solchem im Voraus umgrenzten und festgestellten Schema muss sich dann das Rechtsleben ordnen, und oft mit schwerer Mühe in ein solches sich einzwängen lassen. Ist nun aber erst irgend ein untergeordneter Punkt breit in den Vordergrund gestellt, dann wird die Rechtswirkung für die Ursache, oder die letztere für die erstere angesehen. Dies Alles pflegt unter dem logischen Zwange einer unrichtigen Idee zu geschehen, welche über Hauptsachen hinwegtappt, und an Nebendingen sich festklammert.

Noch ein anderer Grund sollte vor unbedachter Gleichstellung warnen. Contocorrent ist nicht ausschliesslich ein juristischer Begriff, sondern zugleich der Ausdruck einer öconomischen Erscheinung. Er ist dies nicht in dem allgemeinen Sinne, in welchem die Lehre von der Staatshaushaltskunde mit vollem Rechte die ganze Gesellschaft in allen ihren Aeusserungen sich dienstbar macht. Wollte man dem öconomischen Character des Contocorrents nur diesen Sinn beilegen, so würde dieser Nachweis nicht viel mehr sein als eine völlig überflüssige Tautologie. Als Object rechtlicher Betrachtung ist der Contocorrent ohne Zweifel eine Erscheinung des gesellschaftlichen Lebens. Solche Erscheinungen aber dürfen der Lehre von der Staatshaushaltskunde nicht fremd bleiben, einerlei welchen Platz die letztere, von ihrem Standpunkte aus, ihnen anweisen möge[1]). Nach unserer noch näher zu entwickelnden Ansicht

[1]) In dieser Hinsicht herrscht Einstimmigkeit zwischen den Wortführern beider Richtungen auf dem Gebiete der Staatshaushaltskunde, wie auseinandergehend sonst auch ihre Ansichten sein mögen. Vissering spricht die von uns getheilte Ansicht, wenn auch nur indirect, aus. „Ich erachte eine gründliche und fruchtbare Darstellung der Staatshaushaltskunde für unmöglich, wenn man sie nicht betrachtet als das Studium der Erscheinungen des menschlichen Lebens, und der aus diesen Erscheinungen abzuleitenden Gesetze, auch ausserhalb der engen Grenze des menschlichen Strebens nach materiellem Reichthum“ (Nachschrift zur 2. Ausg., pag. XIII). Sehr deutlich aber drückt Roscher seine Ansicht über diesen Punkt aus: „Recht und Wirthschaft sind zwei gleich ursprüngliche, gleich nothwendige, dem innersten Kerne der menschlichen Natur (insbesondere auch der Sittlichkeit, dem Gewissen) gleich nahe Lebensgebiete. Und zwar sind die Gegenstände, welche von der Rechts- und Wirthschaftslehre behandelt werden, fast durchaus dieselben.“ (Vorrede zu Danckwardt: nationalöconomisch-civilistische Studien. 1862. IV.)

hat aber der Contocorrent auf eine speciellere öconomische Bedeutung Anspruch. Vorläufig mag hier angedeutet sein, dass u. E. der Contocorrent das Resultat einer ganz specifischen öconomischen Auffassung, und die Verwirklichung einer ganzen Gruppe öconomischer Bedürfnisse ist. Dieser eigenartige Character des Contocorrents, der ihm zugleich in der Rechtslehre eine besondere Stelle anweist, wurzelt im modernen Verkehr. Die Nachweisung dieser seiner Rolle macht aber zugleich eine anschauliche Darstellung des früheren Zustandes nothwendig, weniger behufs der Vergleichung, denn behufs der Gegenüberstellung. Was in der heutigen Gesellschaft mit ihren zahllosen Hülfsmitteln einen sehr bestimmten Platz, und einen sehr dringenden Anlass hat zu bestehen, kann kaum mit einem Federstrich einer früheren gesellschaftlichen Einrichtung entlehnt werden. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Herübernahme von Rechtsbegriffen eine Identität von Zuständen voraussetzt, welche in Wirklichkeit nicht besteht.

§ 2. Doppeltes Missverständniss des juristischen Characters.

Die juristische Lehre vom Contocorrent liefert mehr als einen Nachweis von einer Unbeholfenheit in der Exegese, wie sie eben bezeichnet wurde. Das Eigenthümliche ist, dass man sie in beiden Lagern findet, sowohl bei den Rechtsgelehrten, als bei den Nationalöconomen. Wir wollen einige Beispiele anführen:

Mittermaier[1]), einer der Ersten, welcher dem Contocorrent eine Stelle im System eingeräumt hat, umschreibt den Begriff desselben folgendermassen:

„Der Contocurrente als die Uebersicht alles dessen, was sich zwei „Handelsfreunde wechselseitig schuldig sind, ist eine aus den Büchern „der Kaufleute gezogene Abrechnung über seine Geschäftsverbindung mit „einem Anderen, indem Forderungen und Gegenforderungen (debet und „credit) einander gegenübergestellt werden, so, dass jedem Handlungsfreunde „eine Rechnung eröffnet wird, die der Kaufmann mit Vor- und Zunamen „desjenigen, den sie betrifft, überschreibt, und worin er jedes Geschäft, „das er mit ihm macht, der Zeitfolge nach einträgt. Die rechtliche „Natur dieses Contocurrente ist sehr bestritten[2]). Nothwendig „ist es, die verschiedenen Bedeutungen zu trennen, in welchen der Aus„druck gebraucht wird. Bei dem gewöhnlichen Contocurrente unter Kauf„leuten trägt zu bestimmten Zeiten jeder das Ergebniss des Credit und „Debet ein, und stellt den Saldo auf neue Rechnung. In einem andern „Sinne wird Contocurrente für den Vertrag gebraucht, bei welchem „Jemand einem Anderen Geld oder Papiere zur freien Verfügung übergibt, „nur mit der Verpflichtung des Letzteren, dafür den Ersten als Gläubiger

[1]) Grundsätze des gem. Deutsch. Privatr. mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Seerechts. 6. Ausg. 1843. II. § 566, p. 767.

[2]) Auf diese und die einige Zeilen weiter gebrauchten Worte kommen wir gleich zurück.

„dieser Summen zu erkennen, daraus Zahlungen für den Eigenthümer „dieser Summen zu leisten, und nach Compensation der Bezüge und Aus- „gaben, das Ergebniss festzustellen. Bei jedem Contocurrente liegt eine „Reihe von Compensationen zum Grunde, und das Schlussresultat nach „dem Stande der Forderungen und Gegenforderungen zeigt, wer Gläubiger „oder Schuldner ist."

Diese ziemlich summarische Auseinandersetzung schliesst sich nach dem Hinweis Mittermaier's [1]) an die französischen Schriftsteller Delamarre und le Poitvin an. Wir müssen also auch Diesen das Wort geben. Auf die Stelle, in welcher die eigentliche Bedeutung des Contocorrents besprochen wird, folgt nachstehende Abschweifung: [2])

„Le compte-courant n'est pas de nouvelle invention. Les argentarii „le pratiquaient â Rome; on exprimait le crédit et le débit par les „locutions acceptum ferre, expensum ferre. Mais le pratiquait- „on avec le correspondant d'une autre place? Il y a tout lieu de le „croire. La loi 5 D. de praescr. verb. offre l'espèce d'un pacte, dans lequel „nous nous promettons mutuellement de faire, chacun à ses propres „frais, et en vertu d'une sorte de mandat réciproque, vous le recouvrement „de mes créances à Carthage, moi le recouvrement des vôtres à Rome: „si pacti sumus, porte cette loi, ut tu a meo debitore Carthagine „exigas, ego a tuo Romae In hanc speciem quodammodo mandatum „intervenisse videtur sine quo exigi pecunia aliena alieno nomine non „potest. Quamvis enim, et impendia sequantur, tamen mutuum officium „praestamus. Voilà bien mot pour mot ce qui se pratique en fait de „compte-courant."

„Que faut-il de plus pour que ce soit tout à fait le compte-courant? „Une seule chose: la compensation. Or, rien de plus naturel. Quand „le Carthaginois devait v. g. 10000 sesterces au Romain, qui lui en devait „autant, il n'est pas à croire, qu'il les lui envoyait pour que le Romain „les lui renvoyât après s'être donné la très inutile satisfaction de les „voir, avec l'embarras de les compter et de les réexpédier. Pourquoi les „frais et les risques d'un tel transport? Il était si simple de se tenir „pour quittes!"

Beide Schriftsteller, deren eigene Worte wir mit Absicht beibehielten, deuten die öconomische Seite des Contocorrents gar nicht an. Sie versuchen seinen Character lediglich auf juristischem Wege nachzuweisen. Für uns ist schon dies Streben ein eitles Beginnen. Die Verkennung des Rechtsbegriffes kann nicht ausbleiben, wo das richtige Verständniss der öconomischen Bedeutung fehlt. Dem Rechtsbegriffe selbst kann aber gleichzeitig auf verschiedene Art Gewalt angethan werden. Man kann sich einer Menge von Fehlern schuldig machen, welche nur dann, wenn

[1]) aoO Note 3: „Am besten die Erörterung in Delamarre u. s. w."; aoO Note 5: Ausführlich in Delamarre. Man will in l. 5 D. de praescript verb. schon den Contocurrente finden."

[2]) Traité théor. et prat. du Dr. Comm. (Paris 1861). III, pag. 433 eot. ([1]).

das Grundprincip unklar ist, begangen werden. In den wenigen Worten der eben erwähnten Schriftsteller finden wir zwei solche Irrthümer ohne innere Nothwendigkeit vereinigt.

§ 3. Nachweisung des ersten Missverständnisses.

Um in der namentlich von Mittermaier gegebenen Definition den ersten und höchst fruchtbaren Irrthum zu entdecken, müssen wir diese seine Andeutungen nochmals betrachten. Es ist klar, dass er zwei verschiedene Auffassungen des Begriffes bespricht. Den Anlass sie auseinanderzuhalten, scheint er in der Nothwendigkeit zu finden die „verschiedenen Bedeutungen zu trennen, in welchen der Ausdruck gebraucht wird.“ Die erste, und zwar nach seiner Ansicht offenbar die gewöhnliche Bedeutung, ist Contocorrent als Uebersicht Desjenigen, was zwei Kaufleute einander schuldig sind [a]). Diese Uebersicht ist eine aus den Büchern gezogene Abrechnung, welche credit und debet einander gegenüber stellt. Sie umfasst nach chronologischer Folge die gegenseitigen Geschäftsbeziehungen, und endigt mit einem Saldo, der auf neue Rechnung übertragen wird. Diesen ersten Nachweis schliesst Mittermaier mit den Worten: „Die rechtliche Natur dieses Contocurrente ist sehr bestritten.“

Bei aller Achtung vor der Autorität dieses grossen Rechtsgelehrten, erlauben wir uns doch die Anmerkung, dass der rechtliche Charakter dieses Contocorrents gar nicht bestritten ist, aus dem einfachen Grunde, weil dieser Contocorrent gar keinen rechtlichen Charakter hat. Der Contocorrent in dem hier gemeinten Sinne als Uebersicht von debet und credit, welcher Mittermaier wichtig genug vorkommt, um darauf zuerst aufmerksam zu machen, kann jeden möglichen juristischen Charakter annehmen. Er kann ein Mittel sein, um sich sofort von dem Stande einer geschäftlichen Beziehung zu vergewissern. Er kann die Bedeutung einer Methode der Buchführung haben, welche wegen der Bequemlichkeit, die sie bietet, eingerichtet ist. Er kann eine Form sein, um das vortheilhafte oder nachtheilige Resultat einer Reihe gegenseitiger Handelsoperationen nachzuweisen. Er kann endlich versuchen, über eine bestimmte Periode gemeinschaftlicher Geschäftsbeziehungen gleichsam eine Geschichte in Ziffern zu geben. Mit einem Worte: die hier gedachte Uebersicht kann einen sehr verschiedenen Character haben. Das Einzige aber, was sie nicht hat, ist ein rechtlicher Character. [1])

[a]) cf. M. Merlin Répertoire (universel et raisonné de jurisprudence) Bruxelles 1825 sub vo compte-courant: on appelle ainsi l'état que deux négocians qui sont en relation d'affaires tiennent de leur doit et avoir mutuels“.

[1]) Vollkommen klar wird dies in dem Sinne, welchen wir bestreiten, in einem Urtheil des Bezirksgerichts Middelburg v. 5. Juli 1865 in M. v. H. (Handelsrechtl. Magazin) VIII. 1866 p. 187 Rechtsspr. auseinandergesetzt. In Erwägung, dass die durch den Beklagten zur Stütze seiner Behauptung vorgelegte Rechnung aus den Jahren 1827 und 1846 zwar die Ueberschrift trägt: „der Herren N. N. zu M. Contorrent mit Q. Q.“, dass aber die Art, wie diese Rechnungen eingerichtet sind, nur als eine

Contocorrent als Uebersicht ist und bleibt, was letzteres Wort ausdrückt: eine Darstellung, ein exposé, ein Nachweis, ein Catalog von Posten in debet und credit. Warum diese Posten so und nicht anders zusammengestellt sind, ist eine Frage, welche das Recht nicht zu lösen hat, und für deren Lösung das Recht auch kein Material schaffen kann. Was noch mehr sagen will: die Lösung dieser Frage ist von rechtlichem Gesichtspunkte aus gänzlich gleichgültig, aus dem banalen, aber völlig genügenden Grunde, dass Jeder eine Uebersicht, die er zu machen hat, einrichten kann und soll, wie es ihm gutdünkt. [1]) Die Bedenken gegen Mittermaier's erste Auseinandersetzung können demnach kurz so zusammengefasst werden: Der Contocorrent als Uebersicht hat aus rechtlichem Gesichtspunkte keine Bedeutung, weil er keine Rechtsfolgen hat. Er hat keine Rechtsfolgen, weil er keinen Rechtsbegriff ausdrückt. Und er drückt keinen Rechtsbegriff aus, weil der Kaufmann vollkommen befugt ist, eine Reihe von Handelsoperationen in die Form einer Uebersicht zu bringen, oder auch irgend einer andern Darstellungsart den Vorzug zu geben. [a])

Form angesehen werden kann, welche rechtlich nicht die Folgen hat, welche Beklagter ihr zuerkannt haben will"...

Hier haben wir das erste Stadium einer Rechtsbetrachtung. Contocorrent ist reine Form für die Einrichtung einer Rechnung. Diese Uebersicht, welche Bequemlichkeitshalber so, und nicht anders zusammengestellt ist, kann natürlich rechtlich weder „die", noch überhaupt welche Folgen haben.

[1]) Einen Beweis für diese Behauptung entlehnen wir Frémery, Etudes de Dr. Commerc. p. 383. Dieser gründliche Kenner der Handelsgewohnheiten stellt den compte du temps oder ad tempus dem Contocorrent (compte de numerato) gegenüber. Bei beiden werden Geldsummen aufgenommen, aber mit verschiedener Bedeutung. Der Kaufmann, welcher Waaren auf Zeit verkauft, berechnet den Preis so, dass die Entbehrung der Comptantzahlung ihm durch die Zinsen vergütet wird. Er lässt dem Käufer die Wahl, am Verfalltag zu zahlen, oder auch früher gegen verhältnissmässige Kürzung der bereits berechneten Zinsen. Um Letzteres möglich zu machen, und die verschiedene Zinsberechnung zu ermöglichen, wird eine besondere Rechnung für die verkaufte Waare angelegt, welche mit dem sehr sonderbaren Namen Terminrechnung (compte du temps) belegt wird.

Bei dem Contocorrent (de numerato) aber kann nach der Frémery'schen Auffassung von solcher Kürzung in der Regel keine Rede sein. Die Zinsen laufen ipso jure. Diese Rechnung umfasst auf der Debetseite, was der Kaufmann für einen Andern bezahlt hat, und die auf ihn von Jenem gezogenen Wechsel. Auf der Creditseite steht, was der Kaufmann für die Rechnung eines Andern empfängt, und die ihm zur Deckung gemachten Rimessen. Natürlich werden dabei die Zinsen stets zugefügt, nicht abgezogen, es sei denn, dass die Parteien zwischenzeitlich die Rechnung abbrechen wollten, und die Zinsen in ihrem vollen Belaufe darin vorkämen.

Diese Anschauung leitet sehr natürlich zu folgendem characteristischen Resultat (p. 389): „Il suit de ces notions que le compte courant et tout autre compte particulier ne sont distincts que relativement au calcul des intérêts; conséquemment, en faisant abstraction des intérêts, le compte courant et le compte du temps ne sont, en réalité, que de branches deux même compte."

Rechnen zu lehren ist aber nicht Sache des Rechtes, sollten wir meinen.

[a]) Vergl. jedoch Creizenach: Die rechtliche Seite der üblichen Rechnungsmethoden im Contocorrentverhältniss (Goldschm. Zeitschr. VII., pag. 88—129) und

Contocorrent als Uebersicht der gegenseitigen Forderungen und Schulden ist deshalb an sich factischer Natur, und hört nicht auf, dies zu sein. Es besteht nicht der geringste Grund, weshalb eine solche Uebersicht auf das Gebiet des Handels beschränkt werden sollte; Mittermaiers darauf abzielende Bemerkung ist ganz willkürlich. Es gibt keinerlei Gebiet des menschlichen Verkehrs, welches nicht denselben Stoff zu solchem Contocorrent lieferte. Eine Uebersicht von Schulden und Forderungen muss die Form sein für eine Vormundschaftsrechnung, wie ihr Resultat casu quo ein Saldo ist — denkt hier Jemand an Contocorrent? Eine solche Uebersicht kann gemacht werden bei der Trennung einer ehelichen Gemeinschaft — hat sie den Character eines Contocorrents? Dass diese Beispiele ausserhalb des Handelsgebiets stehen, beweist die Möglichkeit der allgemeinen Anwendbarkeit der Mittermaier'schen Definition. In der That fällt es eben so leicht die Unhaltbarkeit der letzteren im Verkehr des Kaufmanns mit dem Privatmann, wie des Kaufmanns mit dem Kaufmann klar zu machen.

Wenn ein Fleischer, ein Bäcker, ein Weinhändler beständig liefert, und nur hie und da, wie es vorkommt, eine Theilzahlung empfängt, was hindert ihn, natürlich mit pflichtmässiger Bescheidenheit, eine Aufstellung zu machen, worin links das Debet, rechts das Credit steht? Damit soll nun aber doch kein Contocorrent entstehen, ungeachtet der Uebersicht der Forderungen und Schulden. Wenn andererseits der Agent eines Handelshauses seine Einkäufe, Verkäufe, Vorschüsse, Rimessen zusammenstellt und ordnet, warum soll er dem Ganzen nicht die Form eines Schemas geben können, welches Debet und Credit deutlich nachweist? Muss aus diesem Grunde allein das Schema zum Contocorrent erhoben werden? [a])

Oder will vielleicht auf letztere Frage Mittermaier bejahend antworten? Ist dies der Fall, so verstehen wir sein Bestreben nicht, einen selbstständigen rechtlichen Charakter für den Contocorrent zu suchen. Wenn die nackte Thatsache: ein von Kaufleuten entworfenes Schema über Forderungen und Schulden, dies Schema zum Contocorrent macht, so ist der Gebrauch dieses Namens ganz gewiss erlaubt, ja selbst durch den Sprachgebrauch mehr oder weniger sanctionnirt, aber dergleichen Thatsachen pflegen an sich keine Rechtsfolgen zu schaffen. Diese letzteren

das in mehrfacher Beziehung interessante Urtheil des französischen cour d'appel de Bordeaux vom 8. April 1880 (abgedruckt bei M. Dalloz Jurisprudence générale 1881 I p. 110), dessen Inhalt folgendermassen zusammengefasst ist: „En matière de compte courant entre banquier et négociant, lorsque les parties sont convenues, que les sommes entrées en compte produiront intérêt á des taux différents selon qu'elles seront versées au crédit de l'une ou de l'autre des parties, la balance doit avoir lieu, non par nombres, aux époques périodiques.. mais par échelette... Dies wird in den Erwägungsgründen ausführlich begründet.

a) Vergl. M. D. Dalloz ainé répertoire méthodique et alphabétique de legislation, de doctrine et de jurisprudence Tome VI vo. compte-courant Paris 1849 no 4... il est à remarquer, que lors même que deux commerçants sont en compte par débit et crédit, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils sont en compte courant."

entstehen aus Gesetz oder Vertrag, und auf Keines von Beiden beruft sich Mittermaier. So kann es nicht Wunder nehmen, dass Mittermaier selbst verlegen ist, wie und wo er solche Rechtsfolgen mit jener faktischen Uebersicht verbinden will. Wenn Contocorrent eine Uebersicht dessen ist, was zwei Kaufleute sich einander gegenseitig schuldig sind, so muss der rechtliche Character in dem letzterwähnten Resultate, der Nachweisung eines Saldos zu Gunsten oder zu Lasten, gesucht werden, nicht in dem ersterwähnten Mittel, welches erst einen solchen Nachweis bezweckt.

Die Abrechnung demnach, mit andern Worten der Saldo, welcher das Resultat jedes Contocorrents ist, würde dasjenige sein, dessen rechtlicher Character zu verschiedenen Bedenken Anlass gibt. Dies ist völlig richtig, wie später erhellen wird. Aber ebenso gewiss ist es, dass Mittermaier an dieser Stelle diese Schwierigkeiten nicht meint. Er handelt ja nicht von der aus einem Contocorrent sich ergebenden Abrechnung, sondern von dem Contocorrent als Abrechnung. Es ist sehr deutlich seine Absicht, den Begriff Contocorrent zu bestimmen als eine Uebersicht, welche in wechselseitiger Verbindung von debet und credit-Posten und dadurch, dass dieselben nebeneinander gestellt werden, eine Endziffer (Abrechnung) liefert. Damit sind wir aber wieder auf factischem Gebiete, und wiederholen unser Befremden, dass man nach einem rechtlichen Character einer solchen Uebersicht suchen kann. Besteht keinerlei vinculum juris, keine derartige rechtliche Verbindung zwischen zwei Kaufleuten, welche sie zur Aufstellung dieser Uebersicht in solcher Form verpflichtet, ist also letztere nicht der Ausfluss einer solchen Verpflichtung, so ist der einem solchen Schema beigelegte Name Contocorrent, rechtlich betrachtet, gänzlich gleichgültig.

Für die Theorie ist es aber nicht gleichgültig, ob sie der Uebersicht in der Form des Contocorrents, als einer zufälliger nicht nothwendiger Weise aus debet und credit-Posten bestehenden Abrechnung, eine Stelle in der Lehre von dem Contocorrent einräumt. Dass diese Definition aus inneren Gründen falsch ist, muss und kann hier angedeutet werden. Contocorrent ist ein eigener Rechtsbegriff, nicht eine eigenartige Rechnungsmethode, und nicht eine durch den Rechnungspflichtigen Bequemlichkeitshalber gewählte Form, sich dieser Pflicht zu entledigen. Wäre dies aber auch nicht so, oder richtiger, angenommen, es wäre dies nicht so, so würde dann noch und gerade deshalb kein Grund bestehen, der Uebersicht in der Form des Contocorrents einen Platz in der Rechtstheorie einzuräumen. Wenn der Contocorrent als solcher kein Rechtsbegriff ist, so hat vielleicht der Buchhalter, der Rechtsgelehrte aber ganz gewiss nichts mit ihr zu schaffen. Ist das Gegentheil richtig, so kann mit Andeutungen, wie sie Mittermaier gibt, nur Verwirrung angestiftet werden.

Auch die „verschiedenen Bedeutungen, in welchen der Ausdruck gebraucht wird“ rechtfertigen es nicht, jene Bedeutung in den Vordergrund zu stellen. Wenn man den rechtlichen Character einer Quittung untersuchen will, so genügt es nicht, sie zu definiren als eine Rechnung worauf „bezahlt“ steht. Ebensowenig geht es an, bei dem Contocorrent dasjenige

als Ausgangspunkt zu wählen, was nur ein äusseres Kennzeichen des Begriffes bildet. Eine zur Abrechnung führende Uebersicht ist aber lediglich ein solches äusseres Kennzeichen. Um den Contocorrent zum Rechtsbegriff zu machen, muss man seinem inneren Wesen nachgehen. Der Hauptirrthum Mittermaier's besteht darin, dass die erste seiner Begriffsbestimmungen das Wesen der Sache ganz dem Schema opfert.

§ 4. Aehnliche (ältere) französische Irrlehre.

Eine sehr wichtige Stelle in der dogmatischen Geschichte des Contocorrents nimmt eine cause célèbre ein, welcher die französische cour de cassation am 8 germinal an 11 entschieden hat, mit den Conclusionen von Merlin. Die dem Rechtsstreite unterliegenden Verhältnisse[1]) machten die Entscheidung zweier für die Sache wichtiger Fragen nothwendig. Erstens: Ob eine Pariser mit einer Brüsseler Firma in Contocorrentverbindung gestanden habe. Zweitens: ob das Verhältniss beider Häuser fortgedauert habe, ungeachtet der Abmachung, dass der Rechnungssaldo unter gewissen Voraussetzungen zur Verfügung des Gläubigers gehalten werden musste.

Beide Fragen beantwortet Merlin bejahend. Die Entscheidung selbst ist uns hier gleichgültig. Ihre Motive aber haben zu der unrichtigen Vorstellung von dem Begriffe: Contocorrent in der französischen Doctrin nicht wenig beigetragen. Behufs Entscheidung der ersten Frage wird gleich zu Anfang eine Darstellung gegeben, welche der von uns eben bekämpften ganz gleich ist.

„Or, sagt Merlin, dans l'usage général du commerce et de la banque on appelle compte-courant le tableau des lettres de change que les négocians et les banquiers tirent les uns sur les autres, et des remises, qu'ils se font réciproquement.

Dans l'usage général du commerce et de la banque, deux négocians sont en état de compte-courant, lorsque l'un est débiteur envers l'autre d'un capital dont celui-ci a commencé de disposer, ou dont il peut disposer encore par la suite.

En un mot, dans l'usage général du commerce et de la banque il y a compte-courant toutes les fois qu'il y a débit et crédit, toutes les fois, quil y a doit et avoir.

Diese äusserst oberflächliche Anschauung findet keine geringe Stütze durch Berufung auf einige Pareres französischer Handlungshäuser, welche bei Beantwortung der zweiten Frage mitgetheilt werden.

Einige Handlungshäuser sind folgender Ansicht: „que ce qui constitue un compte-courant, ce qui en forme les éléments, ce sont les traites que les négocians font les uns sur les autres, ou les remises qu'ils se font réciproquement; qu'à quelque date ou échéance que soient les traites

[1]) Sie sind in extenso mitgetheilt von Merlin, Questions de droit Tome III, voce: compte-courant (Bruxelles 1829).

ou remises, elles sont portées au compte-courant dont elles font partie nécessaire, et que ce compte-courant continue et ne cesse de subsister, que lorsque les parties sont définitivement quittes ensemble.“

Andere Handlungshäuser sind sachlich gleicher Ansicht: „qu'un compte-courant se compose de toutes les sommes, qui doivent étre portées au débit et au crédit; que, d'après ce, l'on porte au crédit toutes les sommes reçues, et toutes les remises, et au débit du compte-courant toutes les sommes payées et toutes les traites, à telle échéance qu'elles soient faites; — que presque tous les comptes courants portent intérêt à un taux, qui se règle de gré à gré entre négocians; — qu'à la fin de chaque année, les bànquiers ou négocians envoient à chacun de leurs correspondans l'extrait du compte-courant, auquel est joint le calcul des intérêts convenus; qu'à la fin du compte est indiqué le solde du compte-courant; que cela se pratique d'année en année, jusqu'a ce que les comptes soient réglés et terminés; — qu'un compte de la nature ci-dessus dessignée et réunissant toutes ces circonstances, est si positivement un compte-courant, qu'il n'y a même pas dans le commerce d'autre mot usité pour l'exprimer.“

Also auch hier werden von den Kaufleuten äusserliche Kennzeichen aufgeführt, und es wird dies, was minder verzeihlich, von einem hoch angesehenen Rechtsgelehrten adoptirt. Delamarre und le Poitvin haben dies zwar eingesehen, aber ihre Kritik ist nicht treffend, weil sie den Hauptpunkt nur im Vorbeigehen berühren und untergeordnete Punkte in den Vordergrund stellen.[1]) „D'abord,“ so lautet ihre Anmerkung, „il ne se forme de compte-courant qu'autant que les parties ont la volonté dêtre en compte-courant.“ Auf diesen völlig richtigen Satz hätten sie volles Licht verbreiten müssen. Die Bedeutung dieser „volonté d'être en compte-courant“ hätte dann untersucht werden müssen, um im Hinblick hierauf die juristische Bedeutung festzustellen. Statt dessen verlieren sich beide Schriftsteller unmittelbar darauf in allgemeine Redensarten und gehen auf Nebenpunkte geringen Belanges ein.[2])

Nicht geringeren wohlverdienten Ansehens als Merlin geniesst Pardessus in der französischen Doctrin. Des Letzteren Definition des Contocorrents leidet aber an demselben von uns soeben erwähnten Gebrechen.[3])

[1]) aoO III p. 440.

[2]) aoO „le propre du compte-courant est de ne comprendre que des remises, et de comprendre toutes les remises, dont le remettant a abdiqué la propriété purement et simplement. Or la définition de M. Merlin n'exprime pas cette distinction essentiellement caractéristique.“

[3]) Cours de droit commercial Paris 1831 II No. 475. Unzählige Male trifft man ohne Angabe der Quelle eine wörtlich oder sachlich mit nachstehender Stelle, welche wir deshalb anführen wollen, übereinstimmende Ansicht: „On nomme compte-courant le composé de tout ce que deux correspondants se doivent réciproquement pour les lettres de change, mandats, billets ou autres effets qu'ils tirent l'un sur l'autre, qu'ils se transportent, ou qu'ils acquittent à leur réquisition respective, des rentrées qui en ont été le résultat; du prix de ventes ou fournitures qu'ils se font à crédit; en un mot, de tout ce qui a pour effet de modifier successivement entre eux les rapports de débit et de crédit; on porte au crédit de l'un toutes les sommes ou valeurs reçues de lui ou pour lui, et au débit toutes

Sie ist der Ausfluss einer Vorstellung, die überall Schiffbruch leidet, weil sie nirgends festen Boden findet. Man muss ihr nur näher in die Augen sehen, um gewahr zu werden, wie sie immer mehr und mehr wankt, bis sie schliesslich sich in nebelhaften Dunst auflöst. Lässt man bei der von Pardessus gegebenen Definition den beschreibenden Theil mit den technischen Ausdrücken bei Seite, so bleiben einige Versuche juristischer Feststellung übrig, deren Schwäche auf der Hand liegt. Erst versucht es Pardessus mit einer Art von contractus sui generis — der ewigen Zuflucht der rathlosen Jurisprudenz — verb.: „cet état“ etc. Wir werden deshalb auf Titel V. verwiesen, um den eigenartigen Rechtsfolgen unseres Gegenstandes nachzuspüren. Nichts natürlicher, als dass man nun höchst eifrig an dieser Stelle sucht. Das Einzige, was man findet, ist eine Auseinandersetzung über das Depositum in seinen verschiedenen Arten, nebenbei auch bei dem Contocorrent — und tiefes Schweigen.

Der zweite Versuch von Pardessus ist nicht glücklicher. Das besondere Kennzeichen des Contocorrents sucht er nun in der jederzeitigen

les sommes payées et toutes les traites, à quelque échéance qu'elles soient faites ou acceptées pour son compte. Celui qui fournit est créditeur, celui qui reçoit est débiteur. Aux époques convenues ou fixées par l'usage, chacun envoie à l'autre l'extrait du compte-courant, à la fin duquel est indiqué le solde, et ainsi, jusqu'à ce que les comptes soient réglés et terminés. Lors même, que ces règlements ou arrêtés ont éte signés et acceptés réciproquement, le compte reste toujours susceptible de rectifications, pour erreurs, omissions, doubles emplois etc. Cet état de compte-courant entre deux commerçants crée une espèce de contrat qui tient, suivant les circonstances, du mandat, du prêt ou du dépôt irrégulier dont nous ferons connaître les effets dans le titre V.

En style de commerce, ouvrir un compte, c'est destiner une partie du grand livre à établir la situation dans laquelle on se place envers une personne. Passer écritures, c'est énoncer la cause qui établit le débit ou le crédit de celui avec qui on est en compte. Rapporter, c'est extraire du livre journal les articles qui y sont épars, et les placer dans le grand livre. Dresser un compte, c'est relever tout ce qui concerne la même personne activement et passivement, afin que la comparaison du débit et du crédit fasse connaître la situation respective. Solder ou balancer un compte, c'est en additionner le débit et le crédit, en ajoutant, pour balance, d'un côté, la différence entre l'un et l'autre. Porter à nouveau c'est reprendre ce que l'on a ajouté du côté d'un compte pour le balancer et le replacer de l'autre côté de ce même compte, au dessous de l'addition, qui est close par une double barre.

La nature propre d'un compte-courant est que la balance en soit exigible à volonté. Le solde d'un compte-courant n'est, en substance, que le résumé de plusieurs prêts partiels faits sans aucune limitation d'époque de remboursement, comme sont, en général, toutes les avances accordées, tous les crédits ouverts dans le commerce. Il est du devoir de celui qui est débiteur par l'effet de cette balance, de couvrir son correspondant par des remises, sans le faire attendre lorsqu'elles sont demandées; et l'usage a consacré en faveur du créancier, si son compte est en retard, qu'il puisse tirer sur le débiteur.

Du reste ces comptes portent intérêt de plein droit, parceque les correspondants sont respectivement mandataires. D'après la convention ou l'usage, cet intérêt peut être cumulé avec le capital au bout d'un certain temps, pour en produire un nouveau; et l'on peut, en outre, percevoir un salaire pour commission, sans que cela soit considéré comme intérêt usuraire.

Einforderbarkeit des Saldos. Hier wird ein äusserst bedenklicher Luftsprung gemacht, der übrigens sehr schnell nachweisbar ist. Der Character des Contocorrents kann nicht aus dem Rechtscharacter des Saldos abgeleitet werden, da letzterer zwar die Folge des ersteren ist, sich aber nicht damit deckt. Ebensogut könnte man zur Definition einer Tagfahrt die Begriffsbestimmung des Urtheils benutzen.

Schliesslich versucht Pardessus, da es mit der Sache nicht recht glücken will, sein Heil bei den Personen. Er sieht die Correspondenten an als: „respectivement mandataires". Das soll wohl heissen, dass ihr gegenseitiges Rechtsverhältniss als Mandat aufgefasst werden müsse. Damit sind wir aber auf bekanntem Terrain. Gerade wie Mittermaier im Contocorrent zweierlei Kennzeichen findet, nämlich Uebersicht und Vertrag, so liegt dem französischen Rechtsgelehrten Aehnliches im Sinne. Man sollte sich dann aber auch an die Arbeit machen, um das im Contocorrentverhältniss abgeschlossene Mandat näher zu zergliedern. Pardessus selbst aber scheint zu fürchten, dass diese Arbeit wenig fruchtbringend sein würde. Wir sahen es ja bereits, dass sein Contocorrentvertrag im Mandat nicht aufgeht. Dieser Vertrag „tient selon les circonstances du mandat, du prêt ou du dépôt irregulier." Mit solcher Berufung auf die Umstände des Falles ist man immer gedeckt. Der Nutzen aber einer juristischen Analyse mit Hinblick auf das eine oder andere Rechtsinstitut wird dadurch bedeutend vermindert.

Wenn der Contocorrentvertrag sich nach den Umständen dreht, wie die Wetterfahne nach jedem Luftstrom, so lohnt es der Mühe nicht, ihm eine selbstständige Stellung im Systeme anzuweisen. Zahllos und verschieden schattirt sind jene „Umstände", innumerabiles sont variarum causarum figurae. [a]) Darum ist aber eine Verweisung auf die Verschiedenheit der Fälle für eine definition nicht gerade genügend. Ein Vertrag, welcher einmal als Mandat. [b]) dann als Darlehens-, dann wieder als Verwahrungsvertrag angesehen werden soll, hat höchst wahrscheinlich einen eigenen Character, welcher allen jenen verschiedenen Gesichtspunkten

a) cf. M. D. Dalloz ainé répertoire etc. XI. v° compte-courant No. 44: „Le compte-courant n'est pas un contrat simple, sui generis, mais un contrat complexe, qui dérive . . du prêt, du mandat de la cession ou transport, du dépôt."

b) Einen Versuch, das angeblich den Inhalt des Contocorrentverhältnisses bildende Mandat „zu zergliedern" macht: Voigtel im Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handelsrechts, III. 1864, p. 205: „Der Contocorrentvertrag, das pactum de contrahendo, welches der Banquier mit seinem Correspondenten schliesst, hat folgenden Inhalt: „Der Banquier verspricht die in seinen Beruf schlagenden Dienste zu leisten, dem Correspondenten seinen Credit zu eröffnen, dessen Geldumsatz zu erleichtern und zu vermitteln, kurz als sein Schatz- und Zahlmeister zu fungiren. Seine Leistung besteht also nicht in der Gewährung einzelner Darlehen, sondern in der ein für allemal versprochenen Erfüllung aller der Aufträge und Dispositionen, welche der Correspondent über die ihm vom Banquier zu Gebote gestellten Mittel treffen wird. Der Correspondent dagegen verspricht, dem Banquier zu dessen Deckung Werthe zu überweisen und bei ihm zu deponiren . . und ihn für seine Dienstleistungen durch Zinsen und Provision . . zu belohnen."

gerecht wird. Gerade weil Pardessus ihn in verschiedenen Formen zu sehen glaubt, muss allen diesen Formen ein gemeinschaftliches Kennzeichen eigenthümlich sein. Wird dies letztere gefunden, dann dürfte wohl die Eigenart des Contocorrents, unabhängig von den Umständen, zum Vorschein gekommen sein.

Wir unterschreiben also auch bezüglich der Auffassung von Pardessus die von Delamarre und Le Poitvin [1]) gefällte Kritik: „qu'elle manque de clarté.“ Diese Erscheinung hat aber eine Ursache, welche unserer Ansicht nach tiefer liegt, als jene Schriftsteller meinen. Jedenfalls haben spätere Schriftsteller, welche sich mit unserm Gegenstand beschäftigten, dasselbe Uebel getreulich aufgenommen.

§ 5. Aehnliche (neuere) französische Irrlehre.

Eine hervorragende Stelle unter den letztgedachten Schriftstellern — dies sagen wir nicht um ihn zu loben, sondern vor ihm zu warnen — gebührt Paignon [2]) „Le compte-courant“, sagt er, „est un contrat consensuel, synallagmatique, commutatif et à titre onéreux. Consensuel, car le consentement des parties est nécessaire pour le former; synallagmatique, car il impose des obligations réciproques; commutatif, car il s'opère un échange, une compensation de frais et de perte de temps

[1]) aa.O III., p. 440.

[2]) Eugène Paignon: Théorie légale des opérations de banque, p. 147 Wir möchten kurz den Eindruck wiedergeben, den diese Schrift auf uns gemacht hat. Solche Bücher ärgern — wenn man, par métier, verpflichtet ist, sie durchzulesen. Der Schriftsteller hat sich nach einem Auspruch von Cato darauf capricirt: quid foenerari? quid hominem occidere? Seit dem Momente steht er unter dem Einfluss einer Hallucination. Alle möglichen Bankoperationen geht er durch, um zu untersuchen, in welcher Hinsicht sie gegen die Zinsengesetze verstossen könnten. Wo er einen Centime zu viel zu entdecken glaubt, lässt er eine wüthende, tönende Phrase los. Darüber wird an 500 Seiten durch anhaltend geeifert, ohne dass es uns gelungen wäre, auch nur einen originellen Gedanken aufzufinden. Ein Beispiel des juristischen acumen dieses Schriftstellers findet man im Text. Hier ein anderes. Paignon führt (p. 145) die Stelle von Delamarre und Le Poitvin an, die wir (p. 4) wörtlich abgeschrieben haben. Für ihn liegt der Nachdruck in folgender Bemerkung dieser Schriftsteller: „Mais le pratiquait — on avec le correspondant d'une autre place? Il y a tout lieu de le croire.“ Wenn es in Rom so gewesen ist, wird es bei uns wohl anders sein, meint der Schlaukopf; und sofort kündigt er „un caractère distinctif“ des Contocorrents an. „On voit déjà, que c'est un des charactères distinctifs du compte-courant de n'intervenir en général qu'entre personnes dont la résidence n'est pas la même.“ Zur Motivirung dieser Ansicht folgen wieder die eigenen Worte von Delamarre und Le Poitvin. Nun sollte man doch glauben, dass Letztere auch jenes „Kennzeichen“ annehmen? Durchaus nicht. Gerade vor der angeführten Stelle ist das Gegentheil zu lesen: „Le compte-courant“, sagt Delamarre und Le Poitvin, „est applicable à toutes sortes d'opérations, et peut, sans nul doute, intervenir entre commerçants habitant une même localité.“ (aa.O. III., p. 430). Es ist traurig, soviel Papier für diese Herzensergiessungen Paignon's verschwendet zu sehen. Glücklicherweise hat schon Juvenal auf den Trost hingewiesen: „Stulta erit clementia, cum tot ubique vatibus occurras, periturae parcere chartae.“

entre les parties, à titre onéreux, car il n'est pas fait dans un esprit de libéralité."

„D'où il suit qu'il ne peut résulter que d'une convention expresse ou tacite. On le conçoit: le compte-courant est fondé sur des règles exceptionelles au droit commun. Il a des effets, qui lui sont propres, des effets même exorbitants. Quoi de plus ratinonel dès lors que d'exiger le consentement des parties à ce que ces effets s'accomplissent. Nul n'est présumé repousser volontairement l'égide commune pour se mettre sous l'empire du droît exceptionel."

Was wohl dieser geistlose Phrasenmacher im Sinne gehabt hat, als er mit den Worten um sich warf: ein „contrat consensuel, synallagmatique, commutatif et à titre onéreux", welcher Contract „des effets exorbitants" habe? Es gelüstet uns nicht, das zu untersuchen. Wir möchten nur nebenbei die Aufmerksamkeit darauf lenken, was jener Schriftsteller „commutatif" zu nennen beliebt [a]) — „car il s'opère un échange, une compensation de frais et de perte de temps entre les parties". Also — ein Umtausch von Zeitverlust und Unkosten, welcher Umtausch ein Schuldausgleich und welcher Schuldausgleich ein Contract ist! Der Deutsche nennt dergleichen Bemerkungen „höheren Blödsinn". Den Rest schenken wir uns.

Unendlich viel höher steht Noblet, der eine besondere Schrift über unsern Gegenstand verfasst hat. Er fängt sein Werk mit der (unrichtigen) Bemerkung an, dass es zweierlei Contocorrent-Arten gebe. Offenbar ist er hierzu durch die von Merlin und Pardessus gegebenen Definitionen verleitet worden. Noblet adoptirt diese, beschränkt sie aber auf einen Contocorrent, welcher nach seiner Ansicht nur eine species des genus ausmacht. Seine eigenen Worte [1]) lauten:

"Le compte-courant est la situation de deux personnes qui s'engagent à faire des versements et des encaissements l'une pour l'autre, sous la condition de règler le tout à une certaine époque, et avec faculté pour chaque partie de disposer à son profit, jusqu'au règlement du compte, des sommes qu'elle aura encaissées pour l'autre.

On donne aussi le nom de compte-courant à la situation de deux personnes, qui se trouvent en général créancière et débitrice l'une de l'autre par suite d'opérations pratiquées réciproquement entre elles ou par l'une seulement pour l'autre. C'est au compte-courant considéré sous ce dernier point de vue, qu'on peut jusqu'à un certain point appliquer la définition que Merlin donne du compte-courant en général."

Das vinculum juris also, kraft dessen diese „situation" in das Leben gerufen wurde, tritt bei Noblet in den Hintergrund. Er lässt das ganze

[a]) Denselben Ausdruck braucht Emile Feitu (Traité du compte-courant, Paris 1873) mit den Worten: „Il faut dire que le compte-courant est commutatif, parceque chaque partie en échange des valeurs qu'elle donne, reçoit un équivalent déterminé et cet équivalent est un crédit ... Il y a donc commutatio rei ad rem ... (p. 78). Erklärt ist damit gar Nichts. — cf. übrigens auch Macleod, dictionary of political economy. London, 1863, art. credit

[1]) Du compte-courant, Paris 1848, p. 3.

Licht auf den factischen Zustand fallen. Dadurch wird natürlich der ganze Character des Rechtsinstituts, welches er betrachtet, verdreht. Nun hat er allerdings ein unbestimmtes Gefühl, dass jene faktischen Zustände sich einer höheren Idee unterordnen lassen; man würde ihm deshalb Unrecht thun, wenn man seinen Ausdruck: situation allzusehr buchstäblich auffasste. Aber zu klarem Bewusstsein ist jene Idee nicht bei ihm gekommen. Creizenach, ein Mann, dessen Namen wir bei Besprechung unseres Gegenstandes mehrfach begegnen werden, hat unseres Erachtens diesen Fehler richtig nachgewiesen.[1])

Durch die sehr verbreitete Compilation von Dalloz (voce: compte-courant) ist die Ansicht Noblet's noch bekannter geworden. Dieser Compilator fängt seine Uebersicht der französischen Praxis damit an, dass er die eigenen Worte Noblet's wiedergibt. Sie werden nur ein wenig umgesetzt, und dabei höchst unrechter Weise die Quelle verschwiegen. Jene Praxis zeigte aber auch hier oft ein besonders richtiges Gefühl.

[1]) Seine Abhandlung, der erste Versuch, das Wesen des Contocorrents wissenschaftlich klarzustellen, ist zu finden in dem Archiv für practische Rechtswissenschaft, IV., 1. Heft, p. 31: Der kaufmännische Contocorrent, der Creditvertrag und das kaufm. Depos. irregulare. (Traurig genug, dass sie in einer bei uns zu Lande so schwer zugänglichen Zeitschrift steht). Die Stelle, die wir meinen, (p. 37, Anm. 3) lautet folgendermassen:

„Der französische Rechtsgelehrte Noblet (du compte-courant, Paris 1847) hat in der einzigen bisher über unsern Gegenstand speciell geschriebenen Abhandlung geglaubt, den Contocorrent ganz allgemein definiren zu können als: „das Verhältniss zweier Personen, die sich verpflichten, für einander Vorschüsse und Incassos zu besorgen, unter der Bedingung, Alles zu bestimmten Zeitabschnitten zu reguliren, mit der jedem Theile zustehenden Befugniss, bis zum Rechnungsabschlusse über die für den Andern eincassirten Summen zu seinem Vortheil zu verfügen." Im Verlaufe der Darstellung wiederholt dieser Autor sehr oft, dass die Befugniss, die eincassirten Summen zu seinem Vortheile zu verwenden, den wesentlichen Theil des Contocorrents ausmache. Dagegen ist zuvörderst zu erinnern, dass Contocorrente oft genug vorkommen, bei welchen niemals ein Contrahent Gelder des andern in Händen hat und also auch nicht in seinen Nutzen verwenden kann, wenn z. B. das ganze Verhältniss blos in auf einander gezogenen Tratten und Zahlungen des einen für den andern sich abmacht; besonders ist aber zu erwägen, dass die sogenannte Verwendung der eincassirten Gelder zum Nutzen des Eincassirenden keine Folge der getroffenen Stipulation ist, sondern sich aus der Natur des Geschäftsobjectes, des Geldes, als einer fungiblen Sache ergibt, bei deren Prästation es nicht auf die individuell vereinnahmten Stücke, sondern nur auf deren Betrag ankommt Wäre die Noblet'sche Ansicht richtig, so hätte er kürzer sagen können, der Contocorrent bestehe in gegenseitigen Geldvorschüssen (mutuis), denn gerade beim mutuum ist ja das, was er disposition à son profit nennt, das wesentlichste Recht des Borgers und insofern hört die Dispositionsbefngniss über die vereinnahmten Gelder auch beim Contocorrente selbst nicht zur Zeit der Rechnungsregulirung auf, wo bloss die Verpflichtung zur Deckung des Saldo's eintritt. Da ferner beim Contocorrent, auch in dem gewöhnlichen Falle, meistens doch blos der eine Theil im Vorschuss ist, so bliebe am Ende gar blos ein einfaches Darlehensgeschäft übrig. Die Definition des Herrn Noblet thut ihm treffliche Dienste, um danach verschiedene wichtige in der französischen Praxis vorkommende Streitfragen zu entscheiden. Aber offenbar hätte der von ihm eingeschlagene Weg gerade der entgegengesetzte sein sollen. Die Definition musste sich den Resultaten fügen, nicht umgekehrt."

Mit Debet und Credit versehene Rechnungen werden durchaus nicht immer als Contocorrente angesehen. (Vg. die Jurisprudenz bei Dalloz sub n. 7, 8, 9, 10). Mit Recht wird die Ansicht verworfen, als seien mit der factischen Einrichtung der Rechnung, oder dem factischen Verhältniss der Parteien eigenartige Rechtsfolgen verbunden. Die französische Rechtsprechung, die z. B. urtheilte „qu'il n'y a pas compte-courant dans la situation d'un marchand de fers qui a l'habitude de fournir un maréchal ferrant, et à qui il remet de temps en temps un état de leur position respective“ (Bourges, 16. Mai 1845), fällte damit zugleich ein abweisendes Urtheil rücksichtlich der „Uebersicht“ von Mittermaier, des „tableau“ von Merlin, des „composé“ von Pardessus und der „situation“ von Noblet.

Wir haben zum Schlusse noch auf eine Rechtsanschauung hinzuweisen, welche zwar mit der französischen übereinstimmt, aber ohne alle selbstständige Bedeutung ist. Das italienische Handelsgesetzbuch schweigt von dem Contocorrent. Borsari, der angesehenste Commentator dieses Gesetzbuchs, gibt aber eine theoretische Darstellung dieses Rechtsinstituts. Die von Pardessus gegebene Definition, welche bloss die äussere Einrichtung der Rechnung im Auge habe (che considera il solo tessuto materiale del conto), scheint er zu verwerfen. Das eigentliche Wesen des Contocorrents deutet er folgendermassen an: „Die Verfügbarkeit der übersandten Werthe erzeugt wechselseitig den Credit der beiden Kaufleute; sonst würde ein Deposital- oder ein Pfand- oder ein anderer Contract entstanden sein. Die Verfügbarkeit aber ist das Eigenthum.“[2]) Etwas später fügt er hinzu: „Unzweifelhaft beruht das rechtliche Wesen des Contocorrents in der beständigen und dauernden Absicht der Parteien, ihren Willen (sc. im Contocorrentverhältniss zu stehen) beizubehalten, welcher Wille sich im Laufe der Verhältnisse offenbart. Die Aufnahme der schuldigen oder übersandten Beträge in einen zwischen den Parteien eröffneten unausgeglichenen Contocorrent ist Alles, was mit der Eigenthumsübertragung beabsichtigt wird, da der, welcher die Schuld fordert, als procurator in rem suam und mit dieser Eigenschaft ausgestattet anzusehen ist.[3])

Wenn wir dieser Begriffsbestimmung ihr philosophisches Colorit nehmen, so bleibt in der That für den Contocorrentvertrag nichts als der Character der Verfügbarkeit der gegenseitig auf Credit übersandten Werthe übrig. Borsari versucht diese Idee dadurch zu verdeutlichen, dass er die Verfügbarkeit Eigenthumsrecht nennt. Viel klüger werden

[1]) Il codice di commercio del regno d'Italia I p. 302 ff.

[2]) aoO p. 303 „La disponibilità dei valori rimessi costituisce reciprocamente il credito dei due commercianti; altrimenti si formerebbe un contratto di deposito o pegno o qualche altro. La disponibilità è la proprietà.“

[3]) aoO p. 304. „Senza dubbio la efficacia giuridica del conto corrente riposa nello spirito constante, e direi immanente, delle due parti che continuano in quella volontà, la quale si manifesta nel giro dei fatte. Il passaggio del valore addebitato o rimesso in un conto corrente aperto e pendente fra le parti, è tutto quanto si ricerca alla trasmissione della proprietà, considerandosi il ricorrente come procurator in rem suam, e investito di quella facoltà.“

wir dadurch nicht. Es ist wohl immer nöthig, dass das Verfügungsrecht dem Verfügbaren, m. A. V. dem zur Verfügung überlassenen Gegenstand, inhaerent ist.

Gibt man einmal zu, dass der Schwerpunkt des Contocorrents als eines Vertrags in dem gegenseitigen Zurverfügungstellen der übersandten Werthe liegt, so ist die Art, wie man diese Werthe realisirt, wenigstens für die Grundidee, nicht sehr wichtig. Diese Art nennt der französische Rechtsgelehrte procuratio in rem suam. Der gegenseitige Credit würde deshalb zum Eigenthum übertragen worden sein, mit dem wechselseitigen Mandat die Posten zu eigenem Nutzen fordern zu können. Denn ohne Mandat kann an keine procuratio, auch nicht an die in rem suam gedacht werden.[1])

Mit diesem Nachweis der Stellung, welche beide Parteien in Folge der procuratio in rem suam einnehmen, ist uns aber sehr wenig genützt. Als Grundlage für dic Cession von Verpflichtungen ist das letzterwähnte Mittel bekannt. Mühlenbruch[2]) war der Erste, welcher betonte, dass durch eine solche Bevollmächtigung eine Uebertragung von Rechten (eigentlich nur der actio, nicht der obligatio) eingeführt wurde, wiewohl römischrechtlich die Uebertragung nicht erlaubt war. Ihren Charakter hat Puchta[3]), namentlich mit Nachweisung der Folgen der Cession weiter entwickelt.

Aber es ist uns hier nicht um den besonderen Charakter jener Cession zu thun. Was wir wissen wollen, ist der Charakter des Contocorrents. Als solchen finden wir bei Borsari lediglich die Verfügbarkeit der Werthe seitens der Parteien angegeben — welche Werthe, wenn sie von Dritten gefordert werden müssen, vermittelst der procuratio in rem suam gegenseitig übertragen werden. Dies Zurverfügungstellen muss aber der Ausfluss eines Vertrages sein, und da Borsari letzterem seine Aufmerksamkeit nicht widmet, so ist an seinen Ideen wenig Originelles zu finden.

§ 6. Nachweisung des zweiten Missverständnisses.

Wir kehren zu der von Mittermaier in der zweiterwähnten Stelle nach Delamarre und le Poitvin gegebenen Definition des Contocorrents

[1]) Voet Comm. ad Pand. lib. III. lib. III no 8; Est et procurator in rem suam, qui scilicet negotia expedit non ad mandantis, sed propriam utilitatem.“

[2]) Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 1836. Noch immer bleibt dies Buch ein Wegweiser in dieser höchst schwierigen Lehre. Eine sehr ausführliche Abhandlung von Albert Schmid: die Grundlehren der Cession 1863 hat, wenn man nach einer äusserst scharfen Kritik in Krit. Vierteljahrsschr. X. p. 187 urtheilen darf, nicht viel Neues beigetragen.

[3]) Kleine civilistische Schriften p. 439. Der Cessionar ist 1. procurator, Stellvertreter des Gläubigers; er ist durch die Cession nicht selbst Gläubiger, dieses bleibt vielmehr der Cedent. Der Cessionar unterscheidet sich 2. von einem gewöhnlichen Procurator in seinem Verhältniss zum Cedenten. Als Procurator in rem suam hat er ein selbständiges Recht auf die Geltendmachung der fremden Forderung, denn der Cedent hat die Befugniss dazu an ihn veräussert.

als Vertrages zurück[1]). Die letzteren Schriftsteller berufen sich auf eine Pandectenstelle, welche sie für wörtlich anwendbar erachten: „Voilà bien, mot pour mot, ce qui se pratique en fait de compte-courant.“ Der modernen Idee des Contocorrents fehlt nichts als die Compensation. Aber auch dieser Mangel wird sich wohl aus der Natur der Sache erklären. „Que faut-il de plus pour que ce soit tout à fait le compte-courant? Une seule chose: la compensation. Or rien de plus naturel etc.“

Im Vorbeigehen können wir die Bemerkung nicht unterdrücken, wie hier mit echt französischer Leichtigkeit eine Schilderung gegeben wird, wie der Begriff: Compensation im römischen Rechte Eingang fand. Diesem radicalen Machtspruch mag es nicht ohne Interesse sein, die Meinung eines deutschen, etwas vorsichtigeren Rechtsgelehrten gegenüberzustellen, welche Dernburg[2]) folgendermassen wiedergibt: „Christiansen hat in seinen Institutionen des römischen Rechts darzustellen versucht, wie dem Prätor, dem Kläger zu Anfang des fünften Jahrhunderts, im eigentlichen Sinne der Verstand stille gestanden hätte, wenn etwa der ex mutuo Beklagte Debitor deswegen nicht zahlen wollte, weil er, „dasselbe“ ex vendito zu fordern hätte. Man hätte ihn eben nicht verstanden. Dasselbe? hätte der Prätor ausgerufen, mutuum und venditum dasselbe? forderst dasselbe, was er fordert? was er fordert, ist ja, was Du schuldig bist? meinst also, dass fordern und schuldig sein dasselbe sei, kann's mir nicht vorstellen.“

Allerdings bezieht sich diese anschauliche Darstellung nur auf das alte Recht, aber selbst gegen Ende der Republik wurde die Möglichkeit der Schuldausgleichung durchaus nicht für so „natürlich“ gehalten, als es uns unsere französischen Gewährsmänner glauben machen wollen.

Dernburg lehrt gerade im Zusammenhang mit dem hier besprochenen Gegenstande, wie sich jene Idee nur mit der äussersten Mühe Bahn brach, und nur langsam festen Fuss fasste:[3]) [a])

„Wie nun aber die Anwendung der Compensation immer häufiger wurde, stellte sich die Ansicht mehr und mehr fest, dass der Richter verpflichtet sei, dem Verlangen der Abrechnung mit Gegenforderungen ex eadem causa zu entsprechen. Diese Entwicklung vollzog sich in dem ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Die Zulässigkeit der Aufrechnung von Gegenforderungen des Mandatars gegenüber der Klage aus dem Mandat wird auf einen Ausspruch von Labeo zurückgeführt (l. 10 § 9 D. mandati 17. 1).

Gerade hinsichtlich des Mandats konnten sich Zweifel an der Billigkeit der Aufrechnung leicht erheben, da es eine heilige Pflicht des

[1]) S. oben p. 7.
[2]) Compensation p. 15 (Zweite Auflage 1868).
[3]) a. a. O. p. 88.
[a]) Die Stelle ist abgeändert; in ed. 1854 pag. 90 hiess es nach dem ersten Satze: „In dieses Stadium war die Sache bereits zu Gajus Zeiten getreten; er konnte schon von einem jus pensationis (fr. 18 § 4 D. 13.7) reden.

Mandatars ist, das für fremde Rechnung Eingenommene ungesäumt zu restituiren, der Mandant also nicht ohne einigen Anschein behaupten konnte, dass es sich mit der bona fides nicht vertrüge, wenn der Mandatar die Herausgabe des fremden, in seinen Händen befindlichen Guts mit Rücksicht auf etwaige Gegenforderungen verzögere."

Die Vermuthung von Delamarre und Le Poitvin entbehrt also, was die Compensation betrifft, der historischen Wahrheit. Eine solche Verkennung juristischer Begriffe glauben wir auch bei der Gleichstellung mit dem modernen Contocorrent zu finden, welche sie behaupten. Unseres Erachtens ist die l. 5 § 4 D. de praescript. verb. (19. 5) sachlich und wörtlich dem modernen Contocorrent eben so fremd, wie die römische manumissio, von welcher Paulus in demselben Gesetze spricht, unserer Dienstaufsage.

Paulus entwickelt in jenem Fragmente seine Theorie über die sg. contractus innominati. Hier allein kam die actio civilis in factum sive praescriptis verbis zur Anwendung. Wenn nämlich ein zweiseitiger Vertrag eingegangen war, welcher nicht in den Rahmen eines bekannten Contraktes (Kauf, Miethe, Mandat etc.) passte, und eine der Parteien ihrerseits geleistet hatte, so verhalf ihr jene actio zur Gegenleistung. Dieser Anschluss an bekannte Contrakte ist der Ausfluss des römischen Formalismus, und Vangerow[2]) bemerkt, dass fast überall die römischen Juristen Spuren solcher Neigung zeigen. Eines der von Paulus für den Innominatcontrakt angeführten Beispiele nun, welche unter das Schema: *facio ut facias* gebracht werden können, ist die von Delamarre und Le Poitvin gemeinte Stelle:

„Sed si facio, ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego [exegi vel] aedificavi, et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intercessisse videtur, sine quo exigi alieno nomine non potest; quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus. Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere; possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes, et non plus impendas in exigendo quam decem. Et si eandem quantitatem impenderimus, nulla dubitatio est, sin autem aliter fecerimus, [magis est] ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas; neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit, et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emtioni.

[1]) Pandekten 7. Ausg. III. § 599. Anm. p. 235.

§. 7. Bedeutung der l 5 § 4 D de praescr. verb. (19. 5).

Die Auslegung der uns beschäftigenden Stelle entlehnen wir Huschke[1], der auch die Textkritik geliefert hat.

„Um die juristische Erörterung des ersten Beispiels zu verstehen, mit welcher zugleich das zweite im Wesentlichen gleichartig entschieden wird, ist davon auszugehen, dass bei der Uebereinkunft, A solle den Schuldner des B, B den des A ausklagen, nicht an eine beiderseitige Cession der Klage zu eigenem Nutzen gedacht wird. Die Meinung ist vielmehr, dass jeder dem Andern das Beigetriebene herausgeben soll. Denn nur so enthält der Fall ein Beispiel des reinen facio ut facias, nur so ist er auch dem andern Beispiel, wo ebenfalls jeder blos im Interesse des Andern baut, vollkommen gleichartig. Liegt nun in diesem Vertrage ein wirkliches Mandat, so dass, wenn der eine ausgeklagt hat, er den andern, welcher zögert, mit der actio mandati contraria belangen kann? Einen Grund des Zweifels findet Paulus darin, dass mit der Besorgung des fremden Geschäfts, der Ausklagung, auch Kosten verbunden sind. Dieses ist so zu verstehen: Zum Wesen des Mandats gehört theils hinsichtlich des Motivs unentgeltliche, nicht im eigenen, sondern im Interesse des Auftraggebers übernommene Führung fremder Geschäfte, theils hinsichtlich der vom Mandatar übernommenen Verpflichtung selbst eine persönliche Erweisung gegen den Auftraggeber, nicht eine Vermögensbereicherung desselben. Wenn ich nun die Ausklagung des Schuldners deshalb übernehme, weil der andere die des meinigen übernommen hat, so scheint wegen der mit der letzteren verbundenen Unkosten einerseits meine Geschäftsführung als eine bezahlte (vg. l. 13 § 1 D. h. t.), andererseits auch nicht sowohl als eine Geschäftsführung, wie als eine Bereicherung um die Unkosten der Ausklagung übernommen worden zu sein, und eben dieses gilt auch umgekehrt für den Andern, der unter gleicher Bedingung die Ausklagung meines Schuldners übernahm. Aehnlich in dem Beispiel von dem Hausbau. Diesen Einwurf beseitigt aber der Jurist nach dessen erstem Theile mit der Bemerkung, dass wenigstens in dem Fall der beiderseits übernommenen Ausklagung, die schon an sich ohne Auftrag nicht denkbar sei, die Hauptrücksicht aaf die Handlung des Ausklagens, diese durchaus persönliche Leistung, falle, die Auslagen dabei nur etwas Secundäres seien, was jene zwar im Gefolge habe, was aber nicht selbstständig und unmittelbar in Betracht komme. Bleiben nun aber blosse gegenseitige persönliche Erweisungen (officia) übrig, so können auch beide Leistungen als unentgeltlich übernommene Geschäftsbesorgungen, mithin als Mandate betrachtet werden. Was aber den zweiten Theil des Einwurfs betrifft, so kann das Mandat, obgleich an sich nur die Uebernahme einer persönlichen Leistung, doch durch Nebenvertrag sich auch auf das Gebiet des Vermögensinteresses mit erstrecken und hört dadurch

[1]) Kleine kritische Versuche in Zeitschr. für Civilrecht und Process (Giessen 1848) N. F. V. 110 ff.

nicht auf, Mandat zu sein, wenn diese Aufnahme des Vermögensinteresses nun eben auch etwas Secundäres, eine blosse Erstreckung bleibt. So kann ich dergestalt (nämlich die Ausklagung eines Schuldners) auftragen, dass der Beauftragte (nicht bloss dolus wegen der ihm aufgetragenen exactio, sondern) auch custodia (wegen zeitiger Ausklagung) prästiren soll (wodurch er die vermögensrechtliche Gefahr des Capitals übernimmt), und dass er auf die Ausklagung nicht mehr als zehn verwenden soll (was ihn ebenfalls der Gefahr einer vermögensrechtlichen Einbusse aussetzt)." Nun folgt die Anwendung. „War nun unsere Meinung, dass wir beide eine gleiche Quantität Unkosten aufwenden sollten (impenderemus, „sollten wir nun aufwenden," hängt also von einem im Gedanken liegenden „si ea mens fuit, ut" ab und darf nicht in impenderimus geändert werden —) so waltet (wegen Zulässigkeit der Mandatsklage) gar kein Zweifel ob;" denn dann geht das Vermögensrechtliche auf beiden Seiten, ohne gegenseitig irgendwie als selbstständiges Interesse in Betracht zu kommen, ganz in der persönlichen Leistung auf, die nun allein als die Obligation bestimmend übrig bleibt. „War aber ein Unterschied (hinsichtlich der Quantität des Aufzuwendenden), so spricht mehr dafür, dass dann auch ein Mandat als vorliegend angenommen werde (nämlich in der Gedankenrichtung der Parteien), als wollten wir uns gegenseitig die Unkosten (mandati contraria actione) ersetzen" d. h. so dass nicht die Unkosten hauptsächlich als Motiv und Gegenstand des Geschäfts, sondern als eine blosse Folge der persönlichen Leistungen gelten sollen, denn Hauptabsicht der Parteien ist doch immer, dass Du in meinem Interesse die Ausklagung meines Schuldners besorgen, nicht dass Du, um die Ausklagung des Deinigen zu erlangen, und folglich in Deinem Interesse es thun sollst, und man kann also nicht sagen, dass das Mandat als bloss im eigenen Interesse des Mandatars geschlossen ungültig sei (neque enim de re tua tibi mando).

Da nun aber, um ein gegenseitiges gültiges Mandat in diesem Falle herauszubringen, Alles darauf ankommt, die Rücksicht auf die Unkosten als eine blosse secundäre zu fassen, was doch für die Absicht der Parteien immer zweifelhaft bleibt, so räth Paulus mit Recht, lieber zur actio praescriptis verbis zu greifen, und diese wird besonders in dem Beispiele vom Hausbau um noch viel mehr anzurathen sein, weil beim Bauen bei Weitem nicht so leicht, wie bei der übertragenen Ausklagung eines Schuldners die persönliche Leistung als das in rem alterius versum überwiegend zu betrachten ist, sondern eher das Umgekehrte." —

Soweit Huschke. Wie in dem ganzen Gesetz, liegt auch in dem angenommenen Falle der Schwerpunkt auf der Thatsache, dass nach dem gegenseitigen Auftrage eine Partei im Verzuge ist.[1]) In den Worten: ego exegi vel aedificavi et tu cessas liegt der Kernpunkt des Gedankens.

[1]) Die Zweiseitigkeit allein, sagt Vangerow a. a. O. p. 236, genügt aber freilich nicht, um den Innominatcontrakt zu begründen, sondern dazu gehört noch wesentlich, dass die Leistung von einer Seite bereits wirklich erfolgt sei.

Der ganze Zusammenhang zeigt, dass man es hier mit einem Zweifel rücksichtlich der zu gewährenden actio zu thun hat, welcher an einigen mehr oder minder treffenden Fällen auseinandergesetzt wird. Es wird doch wohl Niemandem einfallen, aus Anlass unserer Stelle zu verkünden, dass man in Rom gewöhnlich auf dem Boden eines Andern baute. Trotzdem könnte man sich mit demselben Recht auch hierfür auf die Autorität des Paulus berufen, zum Zeugniss, dass solche Verträge Bestandtheile des römischen Volkslebens ausmachten.

Mehr Anlass aber, in diesem ganz unschuldigen und selbstständigen Beispiel auch nur einen Schein oder Schatten von Contocorrent zu entdecken, sehen wir nicht. Es ist dem Juristen offenbar nicht darum zu thun, irgend einen Vertrag nachzuweisen, aus welchem gegenseitige Comptabilität entsteht. Er will nachweisen, wie ein pactum, woran sich nur eine Partei gehalten hat, Rechtsfolgen haben kann. Daher stellt er sich eine Absprache zweier Freunde vor, wonach Jeder auf des Andern Grund bauen, Jeder des Andern Schulden einziehen soll. Andere ähnliche Beispiele wären bequem zu finden gewesen.

Wenn jene Absprache plus Compensation „mot pour mot" unser Contocorrentverhältniss darstellt, dann ist dessen Rechtscharakter wahrlich sehr wenig entwickelt. Für unsere pacta braucht man ja nicht, wie für die römischen, einen Ausweg zu suchen.[1]) Aus diesem Grunde ist es dann auch ganz gleichgültig, wie man die actio nennt, die einem solchen modernen Vertrage entstammt. Habe ich in solchem Falle eingefordert, Du aber nicht, so kann es von den Umständen abhängen, auf welche Weise ich Dich zu Deiner Pflicht zwinge.

Aber was in aller Welt hat dies Alles mit dem Contocorrent zu thun? Man denke sich eine Absprache, welche sich auf eine Reihe solcher gegenseitigen Eincassirungen bezieht, inwiefern soll man klarer sein über den rechtlichen Charakter dieser Uebereinkunft, wenn man die l. 5 § 4 D 19.5 gelesen hat? Oder versteckt sich vielleicht nach Delamarre und Le Poitvin die Bedeutung dieses Gesetzes für unser modernes Recht in den Schlussworten: quae actio similis erit mandati actioni etc.? Dann würde es befremdend sein, dass gerade dies von ihnen nicht gesagt wird. Der Ungrund dieser Unterstellung erhellt aber auch aus einem klaren Beweise. Pardessus nämlich[2]) leitet die Zinsenberechnung (von Rechtswegen) aus dem gegenseitigen Rechtsverhältniss des Mandats ab. Unsere Schriftsteller lassen sich hierüber folgendermassen aus.[3])

„M. Pardessus enseigne que les deux correspondants sont réciproquement mandataires l'un de l'autre. Ceci est une erreur. Le cessionaire

[1]) Vangerow a. a. O. p. 243, Die Verträge die nach römischem Rechte nur in der Gestalt eines Innominat-Contrakts wirksam waren, und eben deshalb mehrfache in dem Obigen dargestellte Eigenheiten hatten, sind heut zu Tage nichts als einfache Consensualverträge. Seuffert Pandekten 4. Ausg. II § 370 p. 309. „Die ungenannten Verträge des heutigen Rechts haben ganz die allgemeine Natur der Consensualgeschäfte."

[2]) S. oben pag. 19.

[3]) a. a. O. III p. 445 Anm. 1.

d'une créance, procurator in rem suam, en est le vrai propriétaire, vere dominus."

Wir möchten doch dagegen für Pardessus protestiren. Diesmal ist (einmal abgesehen von der Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit der Zinsenberechnung) der „erreur" nicht auf seiner Seite. Der Cessionar einer Schuldforderung mag als Eigenthümer derselben anzusehen sein; dies Eigenthumsrecht bezieht sich aber jedenfalls nur auf sein Verhältniss Dritten gegenüber. Im Verhältniss zu dem Cedenten ist er Mandatar, und dies Verhältniss allein hat Pardessus im Auge. Soviel ist aber gewiss, dass für den modernen Contocorrentvertrag, wenn man ihn als gegenseitiges Mandat auffasst, jene Pandektenstelle nach Delamarre und Le Poitvin nicht citirt werden kann.[1] Wir müssen deshalb immer noch fragen, welche Bedeutung jener Stelle möglicherweise zuerkannt werden könnte, um sie „mot pour mot" auf den modernen Rechtsbegriff für anwendbar zu erachten?

§ 8. Ursprung des zweiten Missverständnisses.

Bei der Darstellung des modernen Begriffs des Contocorrents stehen Delamarre und Le Poitvin offenbar unter dem Einflusse der von ihnen der Pandektenstelle angedichteten Bedeutung. Die Idee der gegenseitigen Einziehung von Forderungen tritt in den Hintergrund, ohne dass sie aufgegeben wird. Für den Contrakt selbst aber bleibt der Nachdruck liegen auf der Compensation, welche die Parteien bezwecken. Denkt man diese hinweg, so würde nichts Eigenthümliches mehr für den Contocorrentvertrag übrig bleiben.

Dieser Gedankengang der genannten Schriftsteller findet sich in der von ihnen gegebenen Definition des Contocorrents kurz zusammengefasst. Sie lautet[2]: „D'après ces explications, on peut définir le compte-courant: un contrat par lequel l'un des contractants remet à l'autre contractant, ou reçoit de lui de l'argent ou des valeurs non spécialement affectés à un emploi déterminé, mais en toute propriété et même sans obligation d'en tenir l'équivalent à la disposition de celui qui remet, en un mot, à la seule charge par celui qui reçoit d'en créditer le remettant, sauf règlement par compensation à due concurrence des remises respectives sur la masse entière du crédit et du débit" [a])

Die Schlussworte: sauf règlement u. s. w. motiviren sie folgendermassen[3]: „parceque la compensation est l'unique moyen de parvenir

[1]) In der That wird die Existenz eines solchen Rechtsverhältnisses von beiden Schriftstellern ausdrücklich in Abrede gestellt, a. a. O. p. 453: „Il n'est pas vrai non plus, que deux commerçants en compte-courant soient mandataires aux fins de payer en l'aquit l'un de l'autre; car, dans cette hypothèse d'un mandat il s'établirait entre eux un compte de gestion, et ils entendent être en compte-courant."

[2]) Traité u. s. w., III. p. 437.

[3]) a. a. O. pag. 439.

[a]) Diese Definition adoptirt auch Émile Feitu, a. a. O. p. 75.

au but économique que les parties se proposent, et que ce mode de compensation est le seul compatible avec la nature et même avec l'expression du compte-courant". Endlich wird dieselbe Idee in verschiedenen Ausdrücken noch weiter ausgeführt[1]: „Dans le compte-courant, ce que veulent les parties, ce dont elles conviennent, c'est un crédit réciproque des remises faites réciproquement. Tant que le compte est courant, stricto jure, il n'y a, cemme nous l'avons dit, ni créance, ni dette, ni debiteur, ni créancier, il n'y a même pas de comptable, et aucun des correspondants n'est intéressé à ce qu'une remise soit plutôt compensée qu'une autre remise. Elles ont toutes été faites sur un même pied d'égalité et dans un même but, par conséquent, toutes ont un droit égal à la compensation. Il ne se peut donc pas que tel article de crédit soit effacé par tel article de débit, et, si le compte est convenu aves intérêts il est tout aussi impossible d'éteindre d'abord les intérêts, pour amortir ensuite le capital. Vous m'avez débité de 10,000 fr., espèces à moi comptées, et, huit jours après, je vous fais une remise égale. Si une partie de cette remise devait servir à éteindre l'intérêt des huit jours, puis le surplus s'imputer sur le capital ou débit de 10,000 fr., ce mode de règler détruirait le compte-courant. Il vous supposerait, hic et nunc, vous mon creáncier, moi votre débiteur. Ce serait arrêter le compte, l'empêcher de courir, en un mot, y mettre fin, tandis que nous n'avons voulu qu'établir une série de crédits et débits, sauf à déterminer, lors du règlement définitif, qui sera débiteur par le résultat d'une compensation générale."

Man sieht, 3 Dinge sind für Delamarre und Le Poitvin die Hauptsache und der eigentliche Kern des Contocorrents: Compensation zunächst, Compensation noch einmal und Compensation zum dritten Male. Was jene Schriftsteller unaufhörlich und fast ausschliesslich beschäftigt, ist, in der Lehre vom Contocorrent, die Compensation und die Art und Weise, wie sie sich vollzieht. Nach ihnen ist die Compensation das einzige Mittel zur Befriedigung der öconomischen Zwecke der Parteien. Sie wollen zwar „un crédit réciproque", aber dieser Wille läuft eigentlich hinaus auf eine gleichmässige und gleichzeitige Compensation. Würde man deren Gang stören, so würde man keine laufende, sondern eine stehende Rechnung haben.

Wir möchten nicht gerne die Idee Platz greifen lassen, als könne man auf die Darstellung von van Delamarre und Le Poitvin mit Geringschätzung herabsehen. Im Gegentheil, wir erkennen gerne ihre grossen Verdienste an. Ohne Zweifel sind jene Schriftsteller tiefer in das Wesen des Contocorrents eingedrungen, als irgend einer ihrer Vorgänger. Hätten sie weiter nichts gethan, als die Vertragsnatur des Contocorrents und seine Rechtsfolgen als Einheit aufzuklären — zwei Hauptpunkte, worauf vor Allem Gewicht gelegt werden muss — so wäre bereits Viel gewonnen. An diesen beiden Ideen aber halten jene Schrift-

[1]) a. a. O. p. 446.

steller strenge fest; nur der Weg, wie sie zu diesem Resultate gelangen, ist zu tadeln.

Worum ist es denn zu thun? Zwei Parteien, welche miteinander in ein Contocorrentverhältniss treten wollen, beabsichtigen einen Contrakt einzugehen, welcher auf eine bestimmte Zeit in Kraft bleiben soll. Während dieser Zeit werden sie wiederholt abwechselnd einmal Gläubiger, einmal Schuldner. Nach allgemeinen Grundsätzen sollten nun jene Schulden und Forderungen im Augenblicke ihrer gleichzeitigen Existenz sich einander aufheben. Diese Folge ihres Verhältnisses wollen aber die Parteien nicht. Sie haben zwei Mittel, um dem vorzubeugen. Zunächst können sie in dem Vertrage, welchen sie eingehen, ausdrücklich bemerken, es solle die Compensation für die Zeit, in welcher der Vertrag in Kraft bleiben soll, ausgeschlossen bleiben. Ihre Befugniss hierzu kann wohl nicht bezweifelt werden. Wenn ich auf dem Punkte stehe, Dein Schuldner für 20 zu werden und Du ebenso mein Schuldner auf dieselbe Summe werden solltest, so können wir ausmachen, dass ich Dich bezahle, Du mich dagegen nicht, oder dass Du mir zahlen sollst, ich Dir aber nicht. Oder endlich, wir können bestimmen, dass wir Beide einander früher oder später zahlen sollen. Mit einer solchen Uebereinkunft hat weder das Gesetz, noch die öffentliche Ordnung, noch die guten Sitten etwas zu thun. Also steht einem solchen Vertrage nichts im Wege.

Es gibt aber noch ein zweites Mittel, um die von den Parteien nicht gewollte Compensation während jener Zeit zu verhindern. Dies Mittel ist, dass der Vertrag, wonach wir erklären, mit einander in Contocorrentverbindung zu treten, seiner inneren Natur nach den Ausschluss der Compensation bedingt. Ist dies letztere der Fall, so wird über den Ausschluss der Compensation während jener Zeit eine ausdrückliche Verabredung weder getroffen, noch erfordert. Vielmehr ist dann dessen regelmässige Folge der Ausschluss der Compensation, wie wenn dieser Ausschluss jenem Vertrage derart inhaerent wäre, dass auf Grund seiner Existenz allein jene Wirkung eintritt.

Auf den ersten Blick scheint es gleichgültig, aus welchem Grundbegriff die Einheit abgeleitet wird, welche das Resultat der Contocorrentbeziehung ist. Dass die Parteien für die Dauer dieser Beziehung diese Einheit wollen, das — so könnte man sagen — steht fest. Wenn sie gegenseitig Schulden und Forderungen an einander haben sollten, so können sie jetzt oder später abrechnen. Dass diese Abrechnung nicht jetzt, sondern später stattfinden solle, war gerade ihre Absicht, als sie vereinbarten, in eine Contocorrentverbindung zu treten. Wenn nun diese ihre Absicht bei der Beurtheilung ihres Verhältnisses nicht aus den Augen gelassen wird, lässt man dem letzteren doch sein Recht widerfahren? Inwiefern kann dann noch ein Anlass bestehen, um nachzuforschen, ob eine bestimmte Verabredung hinsichtlich der Compensation, oder die Natur an sich jene Wirkung hat? Inwiefern lohnt es der Mühe, bei sachlicher Uebereinstimmung formelle Unterschiede nachzuweisen?

Darauf lautet unsere Antwort folgendermassen: Handelte es sich hier in der That nur um einen Streitpunkt, der, so oder so construirt, doch in der Anwendung zu demselben Resultat führen muss, so würde es selbst dann von Wichtigkeit sein, die Theorie nicht allzu sehr aus den Augen zu verlieren. Es ist durchaus nicht nöthig, dass jede Lehre eine besondere nach allen Richtungen über jedes Bedenken erhabene Definition aufzuweisen hat. Omnis definitio in jure periculosa, und manchmal ist es sogar nachtheilig, so etwas auch nur zu versuchen. Aber ein Anderes ist es, eine völlig correkte Definition zu verlangen, ein Anderes, Bedenken gegen die ganze Richtung zu äussern, in welcher sich eine Definition bewegt. In letzterem Punkte ist die Theorie von Wichtigkeit, abgesehen von allen Forderungen der Praxis. Anlässlich einer ähnlichen Frage sagt Savigny[1]: „Der ganze Streit hat also einen lediglich theoretischen Character, indem er die Stellung und Ableitung der Begriffe und Rechtssätze betrifft. Damit soll aber keineswegs gesagt sein, dass die hier besprochene Frage gleichgültig, oder auch nur von geringer Erheblichkeit wäre, da es voraus nicht zu übersehen ist, wie weit ein irrig eingeschlagener Weg, wie der hier vorliegende, führen kann.“

Es besteht aber noch ein viel wichtigerer Grund für die Verwerfung der Auffassung von der Compensation, als gehöre sie zu dem Vertrage der Parteien, wie von Delamarre und Le Poitvin gelehrt wird. Compensation ist ein modus solvendi, nicht ein modus contrahendi. Mit der Compensation fängt man nicht an, man endigt damit. Es kann allerdings in einen Vertrag, aus welchem gegenseitige Verpflichtungen erwachsen, eine Bestimmung über die Erfüllung dieser Verpflichtungen aufgenommen werden, aber damit kann der Zweck und die Wirkung jenes Vertrages selbst unmöglich genügend klargestellt sein. Mag der Compensation im Contocorrent ein noch so vorherrschender Platz eingeräumt sein, zum Contocorrent kann sie nicht werden. Dies dürfte doch als eine logische Unmöglichkeit erscheinen. Mögen die Bedingungen, unter welchen die Parteien auseinander gehen sollen, mit der grössten Genauigkeit geregelt sein, die Bedingungen, unter welchen sie beieinander bleiben sollen, können nicht damit zusammenfallen. Der Anfang eines Verhältnisses kann sein Licht nicht dem Ende entnehmen, einfach, weil der Anfang nicht das Ende ist.

Die Compensation geht deshalb, so eigenthümlich ihre Wirkungen auch für den Rechtsbegriff des Contocorrents sind, doch in dem letzteren nicht auf. Sie ist nach dem Systeme der Schriftsteller van Delamarre und Le Poitvin, welches wir bekämpfen, eine dem Contocorrentvertrage beigefügte Nebenbestimmung. Nun aber entsteht sofort eine Irrlehre und ein Zweifel, Beides Dank jener von uns bestrittenen Vorstellung. Die Gefahr ist, dass man, viel weiter jedenfalls, als jene Schriftsteller wollten, die Compensation für den Vertrag selbst ansieht. Hält man dies Bedenken vielleicht für ein Hirngespinnst? Wir antworten mit einem

[1]) Obl. II. p. 266.

Hinweis auf ein Urtheil des Bezirks-Gerichts zu Amsterdam, worin diese Lehre en toutes lettres zu lesen ist.[1] — Der Zweifel liegt in der Frage, unter welchen Rechtsbegriff denn der von jenen Schriftstellern angenommene Contocorrentvertrag subsumirt werden soll. Wenn die Parteien rücksichtlich der Compensation ausmachen, sie solle nicht stückweise, sondern einheitlich am Ende des Verhältnisses Platz greifen, so ist doch offenbar über den Character des letzteren noch nicht Alles gesagt. Auch dies Verhältniss selbst bildet ja das Objekt eines Vertrages. Auch dessen Character muss näher nachgewiesen werden. In der That fängt die Definition von Delamarre und Le Poitvin scheinbar wenigstens damit an. Hier aber zeigt ihr Beispiel, wie gefährlich es ist, zum Behufe einer Analyse einige oberflächliche Ausdrücke zu wählen, deren Werth und Zweck nicht näher untersucht ist.

§ 9. Folgen des zweiten Missverständnisses.

Der Weg, welchen Delamarre und Le Poitvin bei der Definition des Contocorrents eingeschlagen haben, musste nothwendiger Weise nicht allein zur missverständlichen Auffassung dieses Rechtsbegriffes, sondern auch zu verkehrten Folgerungen daraus anleiten. In der That sind letztere nicht ausgeblieben, und es ist interessant zu sehen, wie das Gesetz, dass gleiche Ursachen gleiche Folgen haben, auch hier sich geltend macht. Wir hahen oben[2]) gezeigt, dass Creizenach's Kritik durch die Aufzählung der Kriterien hervorgerufen wurde, welche Noblet im Contocorrent zu finden vermeinte. Gegen die von Delamarre und Le Poitrin versuchte Begriffsbestimmung sind, nicht ohne Grund, ganz ähnliche Bedenken erhoben worden.

Massé[3]) z. B. gehört hierher, wenn er, nachdem er die eigene Definition der letztgenannten Schriftsteller mitgetheilt, folgendermassen sich ausspricht: „Cette définition est foncièrement exacte; cependant elle me parait manquer de précision. Je crois qu'on peut mieux définir le compte-courant un contrat par lequel il est convenu que les prêts réciproques que pourront se faire, sous formes d'avances ou de remises, deux commerçants, qui sont en rapport d'affaires ou de correspondance, n'établiront entre eux les rapports de débiteur à créancier qu'au moment

[1]) Urtheil v. 30. December 1863. M. v. H. VI. 1864, p. 39, Rechtspr.: „In Erwägung, dass der Firma ihre Behauptung als richtig zugegeben werden kann, dass nämlich Contocorrent in seinem Wesen nichts weiter ist, als eine Form, worin der Handel sich die gesetzliche Compensation vorzustellen gewohnt ist, inbesondere mit Rücksicht auf die Zinsberechnung."

Wir erlauben uns, dies das zweite Stadium einer Rechtsanschauung zu nennen. (Vg. Seite 10 oben, Anm. [1]). Wenn Contocorrent die Form für die Compensation ist, so besteht kein Grund, warum man Contocorrent nicht einfach Compensation nennen sollte.

[2]) pag. 25, Anm. 1.

[3]) Le droit Commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil IV, p. 163.

de l'arrêté de compte, c'est à dire lorsque la balance constituera l'un créancier et l'autre débiteur; et que jusque là, en d'autres termes, tant que le compte courra, il n'y aura pas de dettes réciproques, mais seulement crédit et débit, doit et avoir et des rapports de crédité à débité. C'est dans cette absence de dettes réciproques, qui sont remplacées par des articles de débit et de crédit, que se trouve l'utilité du compte-courant, qui est de suppléer à la monnaie métallique, en renvoyant à l'époque de l'arrêté de compte le solde réel et effectif du réliquat."

Der Contocorrentvertrag ist also hier ganz einfach ein, vielleicht auf eigenthümliche Weise verclausulirter, Gelddarlehensvertrag. Die Definition mochte also „foncièrement exacte" sein, aber mit diesem Compliment war sie zugleich abgethan. Dies begriffen die oben angeführten Schriftsteller auch recht wohl, wie dies aus ihrer äusserst lebhaften Kritik hervorgeht.[1] „Or", so lautet ihre Erwiderung, „rien ne répugne plus an compte-courant que l'idée de prêt. En effet, qui ne voit que, s'il est de son essence que les avances et remises ne constituent aucun des deux correspondants créancier ni débiteur tout prêt est impossible per rerum naturam? Dire que, tant que le compte courra, il y a seulement crédit et débit, mais non dettes réciproques, n'est ce pas dire, en d'autres termes, que les parties n'entendent ni emprunter ni prêter? Car, qui prête est créancier, qui emprunte est débiteur. Or, un débité n'est pas plus débiteur qu'un crédité créancier. Si donc il n'y a ni dette, ni créance, il n'y a prêt, ni convention de s'entrefaire des prêts ou des avances, d'ailleurs chacun des correspondants fait de remises à sa volonté, suivant ses convenances ou ses besoins."

Daher ist von Gelddarlehen keine Rede. Im Gegentheil. Von Nichts ist der Contocorrent weiter entfernt, als von einem Gelddarlehen. Um dies recht deutlich zu machen, wird der Begriff nochmals klargelegt: „Remise de valeurs en toute propriété, à charge de créditer le remettant, sauf règlement à due concurrence sur la masse du débit et du crédit, voilà, dans son essence, le compte-courant tel qu'il s'est formé sous l'empire des usages et des conventions."

Massé[1] dagegen bleibt fest bei seiner Lehre stehen: „Sans doute les avances ou remises faites en compte-courant ne constituent pas des prêts purs et simples, car autrement il n'y aurait pas compte-courant: il y aurait des prêts réciproques qui se solderaient, au lieu de devenir des articles de débit ou de crédit destinés à ne-se solder qu'en fin de compte. Mais il y a prêt en ce sens que chacun des contractants est propriétaire des remises ou des avances dont il est débité et dont il crédité son correspondant. C'est parce qu'il y a prêt, qu'il y a transmission de propriété. S'il n'y n'avait que dépôt, la propriété ne serait pas transmise. Or elle est si bien transmise, que les avances ou remises faites en compte-courant sont de plein droit productives d'intérêts,

1) Traité, III., p. 450.
2) a. a. O. p. 164.

ce qui n'aurait pas lieu si le correspondant les recevait simplement à titre de comptable ou de dépositaire. Et d'un autre côté, comme les remises ou avances faites en compte courant se réduisent toujours en avances faites par un correspondant pour le compte de l'autre, elles constituent des prêts au même titre que les avances de tous mandataires."

Wenn noch weitere Ausgaben der beiden Werke das Tageslicht sehen werden, so können wir uns auf eine Fortsetzung des Streites gefasst machen. Es ist nicht wahrscheinlich, dass wir aus dem Cirkel herauskommen sollten. Mittlerweile bleibt der Contocorrentvertrag undefinirt. Gegenseitiges Gelddarlehen, oder etwas Anders, das ist die Frage. Es ist bequemer, jenen Begriff zu verwerfen, als sich Rechenschaft zu geben von Dem, was man an dessen Stelle setzen soll, wenn man an den Ideen Delamarre's und Le Poitvin's festhält.

Letzteres thut ein italienischer Rechtsgelehrter, welchem der eben von uns mitgetheilte Streit nicht unbekannt geblieben ist. Sonderbar und zufällig genug, ist es auch hier (der jüngere) Mittermaier, welcher sich ihnen anschliesst. Er gibt nämlich eine Uebersicht von dem Stande der Rechtswissenschaft in Italien.[1]) Mit besonderer Vorliebe bespricht er eine Genuesische Zeitschrift aufgenommene Ansicht über den Contocorrent[2]), und findet in mehreren Sätzen Gelegenheit diese Abhandlung zu beloben.[3])

Wir haben jene Zeitschrift vor uns, und möchten nichts von diesem Lobe abdingen. Aber wir können uns nicht davon überzeugen, dass der Advocat Jacopo Virgilio, der Verfasser des erwähnten Aufsatzes, in den uns beschäftigenden Gegenstand irgend ein neues Licht gebracht hat. In dem Streite zwischen Massé und Delamarre und le Poitvin nimmt er Partei für die Letzteren durch Aufnahme ihrer Definition. Auf die Bekämpfung der von Massé aufgestellten Einwendungen lässt er sich aber nicht sehr ein. Folgendes sind seine Worte.[4]) „Das gegenseitige Gelddarlehen, welches Massé in diesem Vertrage entdeckte, hat in Wirklichkeit ganz andere Kriterien. Von dem Augenblicke ab, wo man eine Summe Geldes als Darlehen aufnimmt, ist der Geldgeber Gläubiger, der Geldnehmer Schuldner. Bei dem Contocorrent dagegen besteht, bis der Saldo gezogen, weder Schuld, noch Forderung. Bei dem Gelddarlehen ist nicht

[1]) Die Leistungen der Gesetzgebung, Rechtssprechung und Wissenschaft in Italien auf dem Gebiete des Handelsrechts in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht IV p. 327.

[2]) Gazette dei Tribunali. Genova. 1859 no. 28 f. p. 205—288.

[3]) a. a. O. p. 336. „Beachtung verdient hier besonders die Abhandlung über Contocorrente." „Die mit grosser Klarheit geschriebenen Erörterungen des Verfassers." „Diese Ausführung verdient besonderes Lob."

[4]) „Il mutuo reciproco che Massé scorgeva in questo contratto ha carretteri affatto opposti, ed in vero, dal momento che si mutua una somma, il mutuante ne è creditore, debitore il mutuatario; nel conto corrente invece non vi ha debito e credito sino all epoco de saldo. Nel mutuo gli interessi non han luogo se non stipulati, nel conto corrente decorrono di pien diritto. Si mutui reciproci esistero, la compensazione sino a debita concorrenza avrebbe luogo fra i due correspondenti, ma invece nel conto corrente non vi ha compenso che sul saldo" ecc.

die Rede von Zinsen, ausser wenn sie bedungen sind. Im Contocorrent laufen die Zinsen von Rechtswegen. Wenn ein gegenseitiges Gelddarlehen bestünde, so würde die Compensation hinsichtlich jedes Schuldbetrages eintreten. Bei dem Contocorrent aber besteht keine andere Compensation als bei dem Saldo" u. s. w.

Das Alles ist ganz richtig; mit solchen Gegenüberstellungen aber lassen sich die beiden Begriffe wohl auseinanderhalten, ohne dass darum die Definition von Delamarre und le Poitvin gerechtfertigt wird. Das Unglück würde nun nicht gross sein, wenn die Existenz jener Gegensätze erkannt und in die juristische Praxis aufgenommen wäre. Das ist aber nicht der Fall, wie ein Beispiel aus unserer Jurisprudenz beweist.[1]) Es bleibt also nichts Anderes übrig, als zu der Begriffsbestimmung zurückzukehren. Was die letztere betrifft, so lässt sich in der That nicht leugnen, dass die mehrerwähnten französischen Schriftsteller, welche all dies Unheil angestiftet haben, mit Worten spielen. Auch Derjenige, welcher ein Gelddarlehen empfängt, erhält „en toute propriété." Dass Derjenige, welcher im Contocorrentverhältniss steht, „sur la masse du débit et du crédit" compensirt, kann kein Criterium sein. Die Frage ist gerade, warum er das thut. Die Antwort kann schwerlich der Thatsache entnommen werden, dass er es thut. Es würde das eine colossale petitio principii sein. Die Worte, die zur Definition des Contocorrents gewählt sind, bleiben also auf das mutuum anwendbar. Der Geldgeber creditirt und im Contocorrent wird creditirt. Beide Rechtsideen sind also völlig identisch, wenn nicht nachgewiesen wird, dass das letztere Creditiren in der modernen Rechtsentwickelung eine selbstständige Bedeutung erlangt hat, welche es vom mutuum unterscheidet. Dieser letztere Nachweis wird von Delamarre und le Poitvin nicht unternommen, noch weniger von Massé. Wir wollen versuchen, diesen Punkt durch die deutsche Wissenschaft aufzuklären.

§ 10. Credit im nationalöconomischen Sinne.

Derjenige, welcher, um sich weiter zu bringen, Capital braucht, welches ihm durchaus oder theilweise fehlt, hat zur Erhöhung seiner öconomischen Kraft nur ein Mittel. Dies Mittel ist: sich gegen Rück-

[1]) Wir können natürlich nicht untersuchen, ob auf diese Entscheidung der schwankende Character, welcher der französischen Rechtssprechung hinsichtlich des Contocorrents eigen blieb, von Einfluss gewesen ist. Sicher ist, dass in einem Urtheil des Apellhofs in Nord-Holland den 20. October 1870 in M. v. H. XII 1870 p. 209 Rechtsspr. totidem verbis zu lesen ist, dass: „eine Forderung aus Contocorrent im Niederländischen Recht nicht bekannt ist."

Wir glauben darin das dritte Stadium der Rechtsanschauung zu finden (vg. pag. 47 Anm. 1). Was zuerst eine Uebersicht, dann eine Compensationsform war, musste sich schliesslich gefallen lassen als selbstständiges Rechtsinstitut aus dem Gebiete des Niederländischen Rechts verwiesen zu werden. Aus dieser juristischen „Aussetzung" geht deutlich die Ansicht des Gerichtshofs hervor, dass dieser Fremdling noch keine „genügenden Existenzmittel" nachweisen könne.

gabeversprechen anderswoher Das zu verschaffen, was ihm fehlt. Die Möglichkeit dieser zeitweisen Ergänzung der Mittel trägt im gesellschaftlichen Verkehr den Namen: Credit. Jemand hat Credit, wenn er im Stande ist, sich bei Andern Hülfsquellen zu eröffnen, wodurch seine eigene Arbeitskraft entweder überhaupt erst thätig sich entfalten, oder doch vermehrt werden kann. Jemand hat keinen Credit, wenn er, um weiter zu kommen, genöthigt ist lediglich von seinen Hülfsmitteln zu zehren. Der Besitz und die Erhaltung des Credits sind von verschiedenen Factoren abhängig, welche sich schwerlich unter eine allgemeine Regel bringen lassen. Sowohl das persönliche Ansehen des Creditsuchenden, als die Umstände, unter denen der Credit gesucht wird, haben auf die Bewilligung oder Verweigerung des Credits Einfluss. Zwei Kaufleute von gleicher Sachkenntniss und Ehrlichkeit, aber von verschiedener Branche, können ein sehr verschiedenes Mass von Credit geniessen, weil die eine Branche Wechselfällen mehr unterworfen ist, als die andere. Derselbe Kaufmann kann, ohne irgend einen bestimmten von ihm abhängigen Anlass, in einem günstigen Moment seinen Credit erhöht, in ungünstiger Zeit ihn gemindert sehn. Von dem Einen kann, wenn er Credit geniessen will, lediglich eine mündliche oder schriftliche Verpflichtung zür Rückgabe gefordert und für genügend erachtet werden; der Andere hingegen kann, um dasselbe Ziel zu erreichen, verpflichtet sein, persönliche oder sachliche Bürgschaft (Bürgen, Pfand, Hypothek) zu geben. Endlich ist es möglich, dass in einem Lande die Gesetzgebung oder die Rechtspflege so zurück ist, dass selbst das Anbieten solcher Bürgschaft nicht im Stande ist, zum gewünschten Ziele zu verhelfen.

Die Umstände, welche den Credit in's Leben rufen und erhalten, können daher nur gruppenweise angegeben werden. Der Creditsuchende hat gewissen Anforderungen zu genügen. [a]) Seine Zahlungsfähigkeit muss unzweifelhaft, seine Ehrlichkeit unangetastet, zuweilen auch seine gesellschaftliche Stellung genügend befunden werden. Es ist aber sehr wohl möglich, dass die Person oder die Stelle, an die er sich wendet, bei der Nachfrage noch andere Erfordernisse prüft. Wenn man voraussieht, dass die Nachfrage nach Capital, Geld oder Gut, binnen Kurzem wesentlich steigen werde, so ist diese Möglichkeit von Einfluss auf die Bedingungen, unter welchen man sich zur Creditgewährung entschliesst, indirect also auf die Creditgewährung selbst. Ebenso gibt es Umstände, die den ganzen gesellschaftlichen Zustand empfindlich berühren, und dadurch den Capitalbesitzer verhindern, sich desselben, selbst unter den günstigsten Bedingungen, zeitweise zu begeben. Zu diesen Umständen gehören: die Handelscrisis, die Furcht vor Krieg (Panik), das Ueberhandnehmen von leichtsinnigem Speculationsgeist, ungünstiger Stand der industriellen oder Handels-Unternehmungen. Auf der andern Seite kann der Wunsch, nicht so sehr das eigene Capital zinsbar zu machen, als vielmehr es gegen mögliche Gefahr

[a]) cf. jetzt das grundlegende Werk von Carl Knies, Geld und Credit. II. Abth. 1 Hälfte. Berlin 1876. „Der Credit" p. 120—148.

zu schützen, auch Jemandem, dem Letzteres auf sonstige Weise nicht möglich ist, die Anlegung in der Form des Credits wünschenswerth erscheinen lassen.

Die untereinander sehr verschiedenen und von einander unabhängigen Voraussetzungen für die Existenz des Credits, dürfen bei der Bestimmung des Wesens desselben nicht ausser Acht gelassen werden. In zweifacher Hinsicht scheint der Begriff: Credit für eine Scheidung geeignet und die letztere wünschenswerth. Zunächst muss die Verwirklichung des Credits, die wirkliche Abgabe eines solchen Capitals, als es der Empfänger für den von ihm beabsichtigten Zweck braucht, aus der Begriffsbestimmung weggelassen werden. [a]) Dies scheint, obwohl oft versäumt, doch um der Folgen willen sehr nothwendig zu sein. In dieser Hinsicht schliessen wir uns einer Bemerkung an, die kürzlich bei diesem Gegenstand in den Vordergrund gestellt worden ist.[1]) Ferner ist es geeignet, einen Kreis zu ziehen, welcher weit genug ist, um alle selbst vorübergehenden Erfordernisse zu umfassen, welche in einem gegebenen Moment und in einer bestimmten Person zum Empfang oder zur Gewährung von Credit zusammentreffen müssen.

Das Letztere kann sofort klar gemacht werden. Wenn — was schwerlich bezweifelt werden kann — Credit wirklich eine Fähigkeit, eine Befugniss ist, welche, um in's Leben treten zu können, verschiedenen Voraussetzungen genügen muss, so wird bei der Definition dieser Befugniss auf diese Voraussetzungen Rücksicht genommen werden müssen. Ein Versuch hierzu kann auf verschiedene Weise gemacht werden. Man kann im Wege der Analyse die Erfordernisse zusammenzufassen suchen. Geht man so zu Werk, so hat man die Möglichkeit unvollständig zu sein und die Gefahr, dass nicht jeder Bestandtheil der Definition auf jeden Fall anwendbar ist. Sucht man hingegen einen Durchschnittsbegriff zu finden, welchem jede Creditgewährung entsprechen muss, so können sich Fälle finden, welche Mehr oder Weniger fordern, als jener Durchschnittsbegriff ausdrückt. Es scheint daher der Weg der Synthese allein übrig zu bleiben. Auf diesem Wege muss eine Definition gesucht werden, allgemein genug, um für die Besonderheiten Raum zu lassen, ohne den hoffnungslosen Versuch einer Aufzählung der einzelnen Fälle.

Aus diesem Grunde glaubten wir, wie dies bereits geschehen, den Begriff des Credits zusammenfassen zu können in der: Möglichkeit der zeitweisen Ergänzung der eigenen öconomischen Kraft. [a]) Die hier gedachte Möglichkeit nimmt weder auf die Person des (zu-

[a]) Dieser Forderung scheint mir die unten (p. 108) von Levy selbst gegebene Begriffsbestimmung des Credits zu widersprechen; vergl. aber auch Knies Geld und Credit II, 1 p. 46 und 47.

[1]) Dr. Gust. Cohn, Ueber Wesen und Wirkungen der Creditgeschäfte in Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft. Thl. 24. Jahrg. 1868. p. 572: „In der Wissenschaft sollte man die Worte Credit und Creditgeschäft strenger trennen, als es meist im Leben geschieht.“

[a]) vergl. dagegen den Anhang unten.

künftigen) Gläubigers, noch auf die des (zukünftigen) Schuldners Rücksicht. Sie verweist nur auf einen Zustand, welcher alle Voraussetzungen umfasst, welche jenes gegenseitige Verhältniss entstehen und fortdauern lassen.

§ 11. 1. Die Theorie des Vertrauens.

In Folge der Bedenken, welche wir soeben auseinander gesetzt haben, können wir mit verschiedenen Auffassungen des Credits uns nicht befreunden. Nebenius,[1]) einer der angesehensten Schriftsteller, geht von folgendem Grundsatz aus: „Credit bezeichnet das Vertrauen, das man in die Wirksamkeit eines Versprechens setzt, wodurch eine physische oder moralische Person gegen empfangene Werthe zur künftigen Leistung von Gegenwerthen sich verpflichtet, sowie die Fähigkeit, vorhandene Werthe gegen ein solches Versprechen, in freiwilliger Uebereinkunft, von anderen Personen sich zu verschaffen.“ [a])

In dieser Definition werden zwei Begriffe zusammengefasst, höchst wahrscheinlich, um die Idee des Credits sowohl vom Standpunkte des Gläubigers, als von dem des Schuldners zu betrachten. Das „Vertrauen“ geht auf den Ersteren, während die „Fähigkeit“ sich auf den Letzteren bezieht. [b]) Diese Aneinanderreihung eines doppelten Gedankengangs kann schwerlich eine Begriffsbestimmung genannt werden. Das Vertrauen steht zu der Fähigkeit in bestimmter Beziehung. Ersteres wird durch die vorausgesetzte Existenz der letzteren erweckt. [c]) In gewissem Sinne sind also Ursache und Folge vereinigt. [d])

Schwierig aber ist es dem ausweichen, wenn man bei der Definition des Credits mehr auf die daraus hervorgehende Handlung, als auf die latente Idee achtet. Den hier angedeuteten doppelten Begriff versucht Rau[2]) zu vereinigen. „Credit, sagt er, ist überhaupt das Vertrauen, in welchem Jemand in Hinsicht auf die Erfüllung von vertragsmässigen

[1]) Der öffentliche Credit 2. Ausg. 1829 init.

a) cf. Bruno Hildebrand (Jahrb. f. Nation. u. Statistik Bd. II S. 19): „Credit ist das Vertrauen in die Erfüllung eines gegebenen Versprechens, zugleich die Summe von Eigenschaften, welche dieses Vertrauen begründen.“

b) cf. Knies, Geld und Credit II, 1 p. 44. und unten den Anhang.

c) Aehnlich der 2. Abtheilung der Nebenius'schen Definition oder besser der Nebenius'schen Hülfsdefinition ist die von Schäffle in seinem Handbuche (1. Aufl. 1861, S. 180) aufgestellte: „Das Wesen des Credites ist die Fähigkeit, die Productivmittel fremder Einzelwirthschaften gegen das Versprechen des Gegenwerthes und eines Nutzungspreises für eine Unternehmung heranziehen zu können.“

d) Dies ist völlig richtig erkannt von Roesler (Grundsätze der Volkswirthschaftslehre Rostock 1864. § 51) in den Worten: „Er (der Credit) gibt die Befugniss, über fremde Güter gegen das blosse Versprechen des Gegenwerthes zu verfügen und beruht auf dem stillschweigenden Vertrauen, dass dieses Versprechen auch zu rechter Zeit erfüllt werde.“ Roesler gibt freilich selbst a. a. O. eine falsche Erklärung des Credits, den er (damals) als den „freiwillig“ gestatteten Aufschub einer Schuldtilgung definirte.

[2]) Grundsätze der Volkswirthschaftslehre I, 2 p. 43. (ed. 1869).

Verbindlichkeiten im wirthschaftlichen Verkehre bei Anderen steht.“ [a]) Hier wird bereits ausschliesslich auf die wirthschaftliche Fähigkeit des Schuldners hingewiesen. Die ganze Reihe von Umständen, welche auf den zeitweisen Erwerb fremden Capitals von Einfluss sind, fasst Rau in dem einzigen Worte: Vertrauen[1]) zusammen. [b]) Es ist klar, dass er damit nicht die ethische Eigenschaft meint, welche aus Menschenliebe und Gutherzigkeit entspringt und welche in dem mitleidlosen menschlichen Verkehr Leichtgläubigkeit genannt zu werden pflegt.[2]) Es ist vielmehr hier das specifische, besondere öconomische Vertrauen gemeint, welches auf der Erwartung beruht, dass man seinen Verpflichtungen nachkommen werde. Damit ist aber der Fehler in dem Gedankengang klar. Solche Erwartung kann ja mit Vertrauen in mehr oder weniger weiterer Verbindung stehen,[3]) aber in ihrem Wesen ist sie etwas Anderes als jener Begriff. Führt man letzteren auf seine weiteste Bedeutnng zurück, so ist er bei jeder Verpflichtuug unentbehrlich. Kauf gegen Baar, selbst bei sofortiger Lieferung, setzt noch immer einiges Vertrauen voraus, dass die Lieferung gut sein werde. Jedoch wird die Verpflichtung wohl nicht eine Handlung auf Credit genannt werden können. Wenn man aber dem Begriff: Vertrauen den engstmöglichen Sinn gibt, so wird selbst dieser noch fehlen, wo der Credit durch Bürgschaft (persönliche oder sachliche) gedeckt ist. Nichtsdestoweniger subsumirt Rau auch diesen Fall unter seine allgemeine Definition.[4]) Wo man aber auf der Kehr-

[a]) cf. Samuel Oppenheim: „Die Natur des Kapitales und des Credites.“ Mainz 1868. S. 58. „Der Credit ist der gute Glaube, welchen man in das Zahlungs- oder Lieferungsversprechen einer Person setzt.“ cf. Jhering's Zweck im Recht p. 171. „Credit ist der Glaube auf öconomischem Gebiet und die von Georg Cohn in der 1881/82 erscheinenden Ausgabe des Endemann'schen Handbuches (§ 231) citirten Schriftsteller: Mac Culloch, Creizenach, Sampaso, Pimentel, Vidari, Schmidberger, Dietzel und Völnderndorf.

[1]) Ebenso Max Wirth „Grundzüge der Nationalöconomie“ I. p. 354. (ed. 1871). Der Credit ist Vertrauen — tout court.

[b]) cf. Thöl Handelsrecht. 4 Aufl. § 100. „Credit ist das Vertrauen, dass ein Versprechen erfüllt werde;“ ähnlich definirt Endemann Handelsr. in der früheren Ausgabe § 87 den Credit im weitesten Sinn.

[2]) Die Erläuterung (ibid. p. 44 Anm. a) ist sehr undeutlich: „Man kann durch Redlichkeit, Fleiss, Geschicklichkeit etc. sich Credit erwerben, dieser ist aber kein Vermögenstheil, weil man über ihn keine Gewalt hat. Er kann durch Aenderung in der Meinung Anderer auch ohne Verschulden desjenigen, der ihn genoss, gestört oder geschwächt werden. Wer selbst grossen Credit geniesst, vermag einem Andern schon dadurch Credit zuzuwenden, dass er ihm auf eine sichtbare Weise Vertrauen beweist.“

Täuschen wir uns nicht, so wird hier eine vernichtende Selbstkritik geübt. Wenn nur das ein Criterium des Credits ist, was man selbst „in seiner Gewalt hat,“ so entspricht allein eine Zwangsanleihe diesem Erforderniss. Wenn aber der hier nachgewiesene Factor weiter geht, so wird gewiss das Bestehen oder Nichtbestehen des Credits u. A. durch die „Meinung“ bestimmt, und ist also unverkennbar auf das Vermögen von Einfluss.

[3]) Le crédit est une faculté sociale, qui dérive de la confiance. Dict. de l'Econ. polit. voce crédit.

[4]) Vg. ibid. p. 45. Anm. d.

/

seite so Viel nachweisen kann, was offenbar innerhalb oder ausserhalb des bestimmten Kreises fallen würde, da liegt die Vermuthung nahe, dass die Begriffsbestimmung selbst nicht scharf genug ist.

Eine ähnliche Bemerkung ist gegen Roscher's Definition zu machen.[1]) Credit ist nach ihm „die freiwillig eingeräumte Befugniss, über fremde Güter gegen das blosse Versprechen des Gegenwerthes zu verfügen.“ [a]) Hier ist das öconomische Vertrauen schon verschwunden, oder besser in eine Summe von Einflüssen aufgenommen, welche die Befugniss über fremdes Capital zu verfügen [b]) in's Leben rufen. Diese Begriffsbestimmung ist gewiss genauer, insofern hier nicht ausschliesslich ein Factor, der den Credit in's Leben ruft, in den Vordergrund gestellt wird. Hingegen bleibt dabei immer noch das Bedenkun bestehen, dass der Credit als facultas nicht genügend unterschieden wird von der Handlung, welche er verwirklicht [c]). Eine Befugniss zur Verfüguug setzt bereits den Besitz eines solchen Capitals voraus, welches man durch den Credit zu erhalten fähig ist. Die Befugniss ist ein Ausfluss des Credits, kann aber schwerlich damit identificirt werden.

§ 12. Credit als Thatsache.

Carl Knies[2]) hat den Credit im nationalöconomischen Sinne zum Gegenstand einer eigenen Untersuchung gemacht [d]). Nach der von ihm gegebenen Eintheilung ist es ihm in erster Linie um eine Begriffsbestimmung des Credits zu thun. Er spricht die Idee aus, dass ein Fremdwort mitunter einen Fingerzeig abgebe für den Ursprung eines Zweiges der Wissenschaft. Im Laufe der Zeit aber werde oft ein Begriff modificirt. Könnte man in solchem Falle für den veränderten Begriff auch einen passenden Ausdruck finden, so würde die wissenschaftliche Klarheit nur dadurch gewinnen. Das Umgekehrte habe bei dem Credit stattgefunden. Der diesem Begriffe zur Grundlage dienende Begriff habe bereits seit lange bestanden. Die neueren romanischen Sprachen aber seien unfähig gewesen, ein Wort zu schaffen, welches, gleich dem von Altersher bekannten, das Kennzeichen seines Wesens unmittelbar an sich trägt. Credit stamme ja ab von dem alten und wohlbekannten creditum (pecunia credita). Creditum bedeute nicht etwa eine Gemüthsstimmung, sondern, ebenso wie das depositum, eine Thatsache. Nicht

[1]) Die Grundlagen der Nationalöconomie. I., p. 174 (ed. 1871).

[a]) Eine Kritik dieser Definition siehe bei Knies, Geld und Credit. II, 1, p. 55; vergl. weiter den Anhang.

[b]) Aehnlich auch I. S. Mill, Principles of polit. econ. B. III, chap. XI, § 1.

[c]) cf. unten den Anhang.

[2]) Erörterungen über den Credit in Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft. Thl. 15, Jahrg. 1859, p. 561 ff.; Thl. 16, Jahrg. 1860, p. 150 ff.

[d]) Vergl. jetzt vor Allem Carl Knies: Geld und Credit. II. Abtheilung. Der Credit. 1. Hälfte. Berlin 1876. 2. Hälfte. Berlin 1879; in welchem Werke die früheren Erörterungen im Wesentlichen beibehalten und weiter ausgeführt sind.

der Impuls zur Gewährung, sondern die Gewährung selbst wird durch jenes Wort ausgedrückt. Die neuere Wissenschaft habe dann, da ihr für die gleiche Bedeutung ein Ausdruck fehlte, das gleichlautende Wort aufgenommen und sei dadurch auf einen Irrweg gerathen. Bei ihren Versuchen nämlich, den Credit zu definiren, habe sie von der Thatsache abstrahirt, oder sie wenigstens in den Hintergrund gestellt, um das Hauptgewicht auf die Gemüthsstimmung zu legen.

Diesen Weg hält Knies für verkehrt, weil es der factische Zustand der Dinge sei, worauf die wissenschaftliche Betrachtung den grössten Werth legen müsse.

Dieser Ausgangspunkt zeigt uns schon, von welchem Gesichtspunkte aus Knies den Credit betrachtet. Dass ein gesellschaftlicher und national-öconomischer Zustand verschieden betrachtet werden muss, je nachdem die Naturalwirthschaft der Geldwirthschaft Platz gemacht, und aus dieser letzteren sich dann die Creditwirthschaft entwickelt hat, gibt er nicht zu [1]). Er erachtet es für rathsam, um die letztgenannte Gruppe gesellschaftlicher Erscheinungen zu characterisiren, ein Beispiel aus der Naturalwirthschaft, also dem allerersten Stadium des Verkehrs, zu geben. Dazu dient ihm die Uebereinkunft [2]): dass Jemand einem Andern 10 Maass Getreide gibt, um nach der erstfolgenden Ernte 15 dafür von diesem zurückzubekommen. Später entlehnt er diesem Beispiel die Kennzeichen des Handelns auf Credit. Dies Letztere nennt er: denjenigen „entgeltlichen Verkehr“, bei welchem die Leistung des Einen sofort, die des Andern in der Zukunft erfolgt. [3]) [a])

Hiermit ist, was Knies nicht entgeht, die Handlung des Creditgebens, nicht der Credit selbst definirt. Er sagt aber, dass dies absichtlich geschehen sei, aus zwei Gründen. Zunächst und vor Allem hat er eine gewisse Abneigung vor einer Definition, worin das Vertrauen eine Hauptrolle spielt. Ausserdem meint er, dass „das Wesen einer Erscheinung nicht durch die Bezeichnung ihrer Vorbedingungen hervorgestellt werden kann.“

[1]) Auf diese dreifache Reihe von Erscheinungen hat zuerst aufmerksam gemacht Hildebrand in „Jahrbücher für Nationalöconomie und Statistik“, Thl. II, p. 4 ff. (1864): „Entweder setzt man Güter unmittelbar gegen Güter um, oder man bedient sich des Tauschmittels der edlen Metalle, des Geldes, oder endlich man setzt Güter gegen das Versprechen um, in Zukunft denselben oder einen gleichen Werth zurückzuerstatten, d. h. gegen Credit. Auf der Grundlage dieser drei möglichen Umsatzarten entwickeln sich drei Wirthschaftsformen: die Naturalwirthschaft, die Geldwirthschaft und die Creditwirthschaft.“

[2]) Hieronymus in Ezech. IV, c 18.

[3]) a. a. O. Thl. 15, p. 576 „Credit ist der entgeltliche Verkehr, in welchem die Leistung des Einen in die Gegenwart und die Gegenleistung des Andern in die Zukunft fällt.“

Das „entgeltlich“ soll heissen: gegen Bezahlung, das entgegengesetzte „unentgeltlich“ also: um Nichts. Hier ist also gemeint, der Verkehr, worin bezahlt, nicht geschenkt wird. Nach Knies wird die gegenwärtige Leistung umgetauscht, aufgewogen, vergolten, bezahlt durch die zukünftige. Vg. ibid. p. 573 ff.

[a]) cf. Geld und Credit, II. Abth., 1. Hälfte, p. 7, oben, wo nur statt: der „entgeltliche Verkehr“ steht: „die entgeltliche Güterübertragung“.

Für diese letzte, lediglich philosophische Anmerkung kann man die Verantwortung ruhig jenem Schriftsteller überlassen. Unannehmbar aber ist es, dass er, aus Furcht, das Vertrauen zum vorherrschenden Element zu machen, in das entgegengesetzte Extrem verfallen ist. Die Bedenken, welche Knies gegen jede Definition erhebt, welcher das öconomische Vertrauen ausschliesslich oder grösstentheils zu Grunde liegt, scheinen vollkommen begründet zu sein. Dadurch aber entsteht gerade die Nothwendigkeit, nach einer Formel zu suchen, welche jenes Vertrauen auf seinen richtigen Werth zurückführt.

Gleichen Vorwurf richtet Cohn, von dessen Schrift wir den Anfang bereits mitgetheilt haben, gegen die soeben auseinandergesetzte Lehre[1]. Dessen eigene Auffassung ist aber wieder gerade durch die Reaction gegen jene verfehlt. War eben noch das Vertrauen Nichts, so ist es hier wieder Alles. Merkwürdig genug schlägt er, um zu diesem Resultate zu gelangen, ungefähr denselben Weg ein, wie sein Gegner. „Credit", meint er, „das ist zu betonen, bedeutet eine Stimmung, eine Eigenschaft der Menschen in ihren wirthschaftlichen Beziehungen. Das Grimm'sche Wörterbuch kennt nur den Sinn: Glaube, Vertrauen, und zwar Vertrauen im öconomischen Verkehr, nur ausnahmsweise auch in übertragener Bedeutung. Doch auch nicht jedes öconomische Vertrauen; vielmehr ist die ausschliessliche Bedeutung desjenigen specifischen wirthschaftlichen Glaubens, welchen das *credere* in dem classischen *creditum* bezeichnete, an dem Worte durch zwei Jahrtausende haften geblieben. Zwar hat sich die Bedeutung insofern geändert, als Credit heute nicht mehr den anvertrauten Gegenstand bezeichnet, sondern das Vertrauen selber, welches diesem Acte zu Grunde liegt: aber der allgemeine Sprachgebrauch zeugt heute noch für jenen Ursprung, indem er unter Credit im eigentlichen Sinne nur *das Vertrauen in die Erstattung oder künftige Leistung eines wirthschaftlichen Objects* versteht, kurz gefasst, Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit oder besser in die wirthschaftliche Leistungsfähigkeit eines Andern." [a])

Die hier auseinandergesetzte Unterscheidung war uns bereits bekannt. Wo von Vertrauen in nationalöconomischem Sinne gesprochen wird, ist nicht gemeint die *fides* als Gemüthsstimmung, sondern die Voraussetzung

[1]) a. a. O. p. 573 f.

[a]) cf. Sir James *Steuart*, an inquiry into the principles of polit. econ. 1796. IV., p. 5. „Credit is the *reasonable expectation* entertained by him who fulfils his side of any contract, that the other contracting party will reciprocally make good his engagements", und die von Georg Cohn (a. a. O. § 231, Anm. 10) weiter angeführte Definition von Sampajo-Pimentel (Annotoçôes do cod. do comm. I, p. 183: „credito é a confiança na *solvabilidade* d'outrem, porque tem ou probidade ou fortuna." An der nämlichen Stelle wird von Cohn auf die interessante Thatsache aufmerksam gemacht, dass auch das vormalige preussische Obertribunal diese Theorie im Urtheil 29. November 1872 (Goltdammer, XX., p. 533) acceptirt habe, verb.: „Credit ist nur der Glaube an die Zahlungsfähigkeit." Das Reichsoberhandelsgericht dagegen hat sehr wohl erkannt, dass es Fälle gibt, in welchen Credit gegeben wird, obwohl ein solcher Glaube nicht vorhanden ist. cf. Entsch. vom 2. Nov. 1877 (Entsch. XXIII., p. 137).

der (vermuthlichen) Solvabilität. Für uns liegt aber der Nachdruck nicht hierauf. Die Frage ist nicht, welche Art von Vertrauen bei dem Credit eine Hauptrolle spiele, sondern die Frage ist, ob der moderne Credit erörtert werden kann an der Hand und in der Richtung des creditum. Die Classification der verschiedenen Arten von Vertrauen kann diese Frage nicht beantworten. In der That beabsichtigt Cohn dies auch nicht. Die von ihm aufgestellte Unterscheidung dient ihm dazu, um von den Handlungen auf Credit Pacht und Miethe, wodurch nur ein Gut zum Gebrauche hingegeben wird, auszuschliessen. In diesen beiden Verträgen sieht er nur ein gewisses Vertrauen auf Ehrlichkeit, die Erwartung, dass der Miether oder Pächter sich an fremdem Gut nicht vergreifen werde. Das Kennzeichen des eigentlichen öconomischen Vertrauens ist aber nach ihm der Eigenthumsübergang des Capitals. In diesem Falle allein wird bezüglich der einstigen Rückgabe auf Solvenz gerechnet. [1])

Auf diese aus der Art des Vertrauens abgeleitete Folgerung kommen wir zurück. Zunächst muss untersucht werden, ob die obenerwähnte Definition von Knies nicht in ihren Prämissen und gerade durch ihre Allgemeinheit fehlerhaft ist.

§ 13. Geschichtliche Fehler dieser Ansicht.

Der Aufsatz von Knies stützt stützt sich auf eine doppelte Grundlage. Ohne weitere Untersuchung, gleichsam nach dem Grundsatze primum verum, nimmt er an, dass unser Credit, wenn auch nicht mit dem Worte, so doch der Sache nach gleichbedeutend sei mit dem alten creditum. Allerdings wird das nicht bestimmt ausgesprochen; aber es liegt unverkennbar in seiner Ansicht begründet. Um dies deutlich zu machen, schreiben wir die Stelle ab, welche die Richtung zeigt, in welcher die Begriffsbestimmung gesucht wird:

„Das Aufkommen der technischen Bezeichnung: Credit für eine bestimmte wirthschaftliche Thatsache ist von einem besonderen Missgeschick begleitet gewesen, dessen Feststellung für uns lehrreich ist. Die Geburtstätte des Namens können wir nur in dem alten Rom mit seinem creditum (pecunia credita etc.) finden und sehen wir dieser Form so gut wie etwa dem depositum etc. auf der Stelle ab, dass es sich hier nicht um die Gemüthsstimmung eines Subjects, sondern um eine Sache ausserhalb desselben, um den Gegenstand eines sachlichen Vorganges [a]) handelt. Eben daran erinnert wenigstens wieder in einer viel

[1]) a. a. O. p. 575: „Diese Leistung wird die vollkommene Hingabe des Gutes in das Eigenthum des Andern einschliessen müssen: die blosse Hingabe zur Nutzung eines im Eigenthum des Verleihers bleibenden Gutes macht noch kein Creditgeschäft aus. Das Verhältniss des Pächters (Miethers) zum Eigenthümer scheint von dem des Schuldners zum Gläubiger so verschieden, dass es schwerlich angeht, Pacht und Miethe unter die Creditgeschäfte mit zu begreifen.“ —

[a]) Vergl. dagegen Georg Cohn (a. a. O. § 230): „Der Sprachgebrauch widerstreitet der Gleichstellung von Credit und Creditoperation; denn man kann wohl

späteren Zeit der Rubrikenkopf der kaufmännischen Buchführung Credit: (neben Debet), indem er einen bestimmten, zur Verwirklichung gekommenen sachlichen Vorgang überschreibt. Aber für das alte creditum brach der Faden der Tradition ab." [1])

Die hier gegebene Darstellung, als müsse die neuere Entwickelung an den abgeschnittenen Draht der alten Tradition wieder angeknüpft werden, kann allein auf der Ueberzeugung beruhen, dass beiden eine gemeinschaftliche Grundidee innewohnt. Diese Auffassung wird bestätigt durch den Weg, welchen Knies wirklich einschlägt, und die Art und Weise, wie er seinen Gegenstand behandelt. Dass er das volle Licht auf die Thatsache fallen lässt, und es bedauert, dass die moderne Sprache eines Ausdrucks entbehrt, in welchem dieser thatsächliche Character in den Vordergrund trete, während die ältere einen solchen gehabt habe, ist durchaus nicht zufällig. Eines und das Andere erklärt sich zur Genüge aus seiner Ansicht, dass der neuere und der ältere Begriff des Credits von Natur gleichartig sind. Gewiss kann man ihm nicht die Ansicht unterstellen, dass das neuere Creditsystem den Römern bereits bekannt oder gar bei ihnen gebräuchlich gewesen sei. Solcher Ketzerei würde ein Mann von solchem wissenschaftlichem Gehalt nicht leicht sich schuldig machen. Bei dem Vorbehalt aber, den er macht, ist doch immer eine gewisse Annäherung hieran sichtbar. [2])

Den Gegensatz zwischen der alten uud neuen Gesellschaft sucht er in der Anznhl modificirter Creditformen, in der Reihe von Varianten der einmal gegebenen Grundidee, welche die letztere vor der ersteren voraus hat. Auf den veränderten Character aber, worin dieser Credit in der modernen Gesellschaft auftritt, lenkt er seine Aufmerksamkeit nicht. Die „begriffliche Kluft" bezeichnet bei ihm einen Unterschied in quanto, nicht in quali.

Dieser Gedankengang wirft einen sehr eigenthümlichen Schlagschatten auf die ganze Schrift und dieser Ausgangspunkt übt seinen Einfluss dauernd aus. Er ist durchaus nicht nur der Rahmen, welcher das

vom Haben und Geben des Credits, keineswegs aber vom Haben und Geben einer Operation, eines Vorgangs, eines Geschäfts sprechen. Ein Beispiel, in dem die Sprache das Wort Credit im Sinne eines Vorgangs unzweifelhaft anwendet, ist weder von Knies, noch von anderer Seite beigebracht." Stellt dann die „Eröffnung eines Credits" — für sich und nicht vom Standpunkte des Creditnehmers betrachtet — keinen „Verkehrsvorgang" dar?

[1]) a. a. O. Thl. 15, p. 563.

[2]) Vg. a. à O. p. 563, Anm. 1: „Es mag hier daran erinnert werden, dass das römisch-rechtliche „creditnm" (wörtlich übersetzt: das Anvertraute, nicht das Vertrauen, fides, fiducia) in Leben und Gesetzgebung der Römer jeder anderen Art von Creditgeschäften vorausging, so dass es, als es seinen Namen empfing, Repräsentant der Creditgeschäfte überhaupt war, weil man noch keine anderen kannte oder beobachtete." Ibid. p. 569: „Daher kann auch von uns aus nichts geschehen, um die begriffliche Kluft zwischen dem „Credit" in dem wirthschaftlichen Leben und dem creditum des römischen Rechtes, von welchem der Name jenes sich herleitet zu beseitigen. Unser gemeinrechtliches Creditum ist nur eine einzelne, wenn auch bedeutsamste Erscheinung des Credits."

moderne Creditgemälde umfasst; er ist der Kern, woraus sich die modernen Crediterscheinungen durch die rastlos schöpferische Kraft des Verkehrs sich entwickelten. Nur allmählich wird man sich darüber klar, wie sehr jene Auffassung den dauernden Hintergrund bildet. Um so befremdender ist es aber, sie ohne weitere Prüfung angenommen zu sehen. Befremdend namentlich bei diesem Schriftsteller, dem wir eine vortreffliche historische Studie auf diesem Gebiete verdanken [1]). Verkündet er doch in jenem Buche eine Lehre, welche auch bei unserem Gegenstand eine nähere Untersuchung erwarten dürfte.

Mit dieser Bemerkung haben wir auf eine Polemik zwischen Knies und Roscher hingeleitet. In einigen breiten Strichen hat der Letztere den Unterschied zwischen dem gegenwärtigen Zustande der Gesellschaft und dem nationalöconomischen Zuatande der Alten gezeichnet. [2]). Dies ist seine Skizze: „In der wirthschaftlichen Entwickelung jedes höher gebildeten Volkes, wiederholen sich drei Perioden, wesentlich entsprechend den drei Factoren, welche zu jeder Production vereinigt werden müssen: Natur, Arbeit und Capital. In der frühesten Periode herrscht der Factor der Natur mächtig vor: Wald, Weide und Gewässer ernähren eine dünnere Bevölkerung fast freiwillig. Es ist das saturnische Zeitalter, an welches bei den meisten Völkern noch jetzt die Sage erinnert. In der zweiten Periode, wie sie die Mehrzahl unserer heutigen Staaten in der letzten Hälfte des Mittelalters erlebt hat, wird der Factor der menschlichen Arbeit immer bedeutender. Endlich in der dritten Periode tritt der Factor des Capitals in den Vordergrund: der Boden nimmt durch Capitalanlagen an Productivität unendlich zu; auch im Gewerbfleisse wird die Handarbeit der Einzelnen mehr und mehr überwogen durch die Maschinen und Factoreiindustrie, wobei sich denn im Allgemeinen die Masse des Nationalreichthums fortwährend vergrössert. — Wie schon gesagt, in den Hauptzügen können diese drei Perioden bei jedem vollständig entwickelten Volke nachgewiesen werden, es ist aber das Eigen-

[1]) Die politische Oecouomie vom Standpunkte der geschichtlichen Methode (1853) Knies ist, wie Roscher (Grundlagen der National-Oeconomie), Bruno Hildebrand (Nat.-Oec. der Gegenwart und der Zukunft) und Julius Kautz (Theorie und Geschichte der Nat.-Oec.) ein hervorragender Wortführer jener Richtung, welche um der ähnlichen Behandlung der Stoffe willen, wie jene bekannte Gruppe von Juristen, den Namen: historische Schule erhielt. Die leitende philosophische Idee ist aber bei diesen 4 Gelehrten durchaus nicht die nämliche. Dies will ein wenig günstiger Ausspruch unseres Vissering (Nachschr. p. XV.) sagen, an dessen Vorlesungen sich Viele mit mir dankbar erinnern. Gewiss würde er der Erste sein, der dies Urtheil zurücknähme, wenn es Jemanden einfallen könnte, sich darauf, zur Herabsetzung der gewonnenen Resultate zu berufen.

[2]) Es geschah dies in einem Vortrage, welcher den Titel führt: „Ueber das Verhältniss der Nationalöconomie zum classischen Alterthum, aufgenommen in die Verhandlungen der Kgl. sächs. Academie der Wissenschaften. Später wurde er mit andern Aufsätzen vereinigt unter dem gemeinschaftlichen Titel herausgegeben: Ansichten der Volkswirthschaft aus dem geschichtlichen Standpunkte (Leipzig, 1861). Wir benutzen letzteres Buch.

thümliche der alten Volkswirthschaften, dass sie verhältnissmässig nie sehr weit über die zweite Stufe hinausgekommen sind" [1])

Die Anwendung dieser allgemeinen Betrachtung gibt Roscher etwas später. Es folgt daraus zur Genüge der eigenartige Character, welcher nach seiner Ansicht dem Credit im Alterthume zukommt. Er sagt [2]):

„Was die Theilung und Vereinigung der Geschäfte für den zweiten Factor jeder wissenschaftlichen Production, für die Arbeit, ist, das ist der Credit für den dritten Factor, das Capital: ein Hauptmittel der Ausbildung im Einzelnen und der Concentration im Ganzen. Wir können deshalb schon erwarten, dass im Alterthume mit dem Zurückbleiben des Capitals auch ein verhältnissmässiges Zurückbleiben des Credits verbunden gewesen. Von den Schuldgesetzen im gemeinen Privatverkehr gilt dies allerdings weniger. Deren Entwickelung hat bei Griechen und Römern die merkwürdigste Aehnlichkeit mit der entsprechenden Gesetzgebung der neueren Völker, namentlich auch, was ihre Abwandlungen von der mittelalterlichen Strenge zur Milde der höheren Gesittung und wiederum zu neuer Strenge im Interesse des aufblühenden Handels betrifft. Dagegen waren alle feineren Creditverhältnisse bei den Alten höchst kümmerlich ausgebildet. Ich will hier nicht entscheiden, ob gewisse Banquiergeschäfte, die z. B. in Cicero's Briefen erwähnt sind, wirklich den Namen Wechsel verdienen; dass aber die Griechen, selbst in der hochgebildeten Zeit des Isokrates, noch keine Ahnung von Wechseln gehabt haben, zeigt auf das Einleuchtendste der Trapezitikos des gedachten Redners [3]). Als Platon nach Aegypten reiste, verkaufte er, wie es scheint, Oel von seinem Landgute an eiuen nach Aegypten handelnden Kaufmann, fuhr selbst auf dem Schiffe mit, hatte inzwischen Pfandrecht an der Waare und bekam sein Geld, wie der Kaufmann dieselbe an Ort und Stelle abgesetzt hatte."

Die beiden vorhergehenden Stellen verschaffen uns Einsicht in die Ideen des berühmten Forschers über den Credit. Wenn zwischen ihm und Knies ein Unterschied in diesem Punkte besteht, so liegt er darin, dass dem Letzteren des Ersteren sachliche Auffassung eher zu schwach, als zu stark vorkommt [4]). Da es Knies nicht entgangen ist, dass die moderne Gesellschaft mit dem Begriffe: Credit frei hantirt, während die alte sich davon kaum Rechenschaft gibt, so musste seine Studie über diesen Gegenstand durch jene Ueberzeugung beeinflusst werden. Er musste, statt einer vermeintlichen Identität nachzuspüren, vielmehr danach streben, einen Ausdruck für den Gegensatz zwischen jener und dieser zu finden. Dazu aber konnte die von ihm zum Criterium erhobene nackte

[1]) a. a. O. p. 15.

[2]) a. a. O. p. 34.

[3]) In etwas entschiedenerer Form gibt Holtius (Handelsrecht, I., p. 242) die Entscheidung, vor der Roscher zurückscheut: „Die Geschichte (des Wechsels) gehört nicht in die classischen Zeiten von Griechenland oder Rom."

[4]) Die politische Oeconomie, p. 279. „Ich möchte eher sagen, dass gerade in der öconomischen Praxis die Contraste des antiken und des modernen Völkerlebens am allergrössten seien."

Thatsache: Leistung in der Gegenwart für Gegenleistung in der Zukunft, nicht dienen. Nicht die Thatsachen, sondern die Ideen, welche sie beleben, wechseln im Laufe der Zeiten. Die beneidenswerthe Aufgabe des Geschichtsforschers ist es gerade, die Thatsache als Substrat des Gedankens erkennen zu lassen, dessen sichtbarer Ausdruck sie ist. In dem creditum als Thatsache kann er nicht gesucht werden. Es muss der Vorstellung entlehnt werden, welche die Parteien sich von dieser Handlung machen.

§ 14. **Geschichtliche Fehler dieser Ansicht.** (Fortsetzung).

In denselben geschichtlichen Fehler, dessen sich Knies nach unserer Ansicht schuldig gemacht hat, ist der scharfsinnige Courcelle-Seneuil verfallen. Seine Prämissen weichen von denen des deutschen Schriftstellers einigermassen ab. In seinem Traité des opérations de Banque behandelt er auch den contrat de crédit [1]). Mit Recht betrachtet er diese Uebereinkunft als das Resultat des wünschenswerthen Zusammenwirkens von Capital und Arbeit. Der Typus, den er sich vorstellt, ist die Gebrauchs- oder die Verbrauchsleihe; Ausdrücke, die nach ihm vom öconomischen Standpunkte Miethe und Pacht mit umfassen [2]). Diese beiden Classen sind untereinander lediglich vorschieden nach dem geringeren oder grösseren Masse von Vertrauen, welches sie erfordern: „ce contrat (die Gebrauchsclasse: fermage, location, contrat de cheptel) suppose entre le bailleur et le preneur, et de la part de l'un et de l'autre, envers les institutions sociales, un médiocre, mais certain degré de confiance, de crédit.“ Bei der Verbrauchsclasse dagegen: „les risques du prêteur sont plus grands que dans le précédent, et ce genre de prêt suppose de sa part un plus haut degré de confiance, de crédit accordé, que le premier.“

Im Vorbeigehen nur wollen wir hier auf ein von jenem Schriftsteller aufgestelltes Kennzeichen hinweisen, welches unserer Theorie des Vertrauens zu Statten kommt. Das Vertrauen, welches er annimmt, hat nicht allein Bezug auf die Handlung. Es beruht zugleich auf der Ansicht der Parteien über die „institutions sociales“, und über den bestehenden Rechtszustand. Dass dieser in der That ein wichtiger Factor für den Credit ist, unterliegt keinem Zweifel [3]). Aber Gegenstand des Vertrauens, wie jener Schriftsteller meint, ist dieser Zustand keineswegs. Wenn die Parteien keine vollständige Sicherheit hinsichtlich der Heilighaltung von nöthigenfalls mit staatlichem Zwang einzutreibenden Verpflichtungen haben können, so ist von Credit keine Rede. Wenn auf diesem Gebiete vertraut, d. h. mit mehr oder weniger Recht ange-

[1]) Paris 1857, p. 25.

[2]) Wir erinnern an den bereits oben (pag. 32) erwähnten Widerspruch von Cohn, der übrigens, was die Theorie des Vertrauens betrifft, ähnlicher Ansicht, wie jener Schriftsteller ist.

[3]) Vg. pag. 31 oben.

nommen werden muss, dass erst rechtlicher Zwang den säumigen Schuldner zur Vernunft bringen werde, so kann und wird der Credit a priori schon nicht gedeihen. Wenn also für die Existenz des Credits gefordert wird, dass beide Parteien nicht nur „halb und halb", sondern vollkommen in dieser Beziehung beruhigt sind, so ist das Vertrauen als ausschliessliche Begriffsbestimmung des Credits nicht brauchbar, weil alsdann jener unentbehrliche Factor der Begriffsbestimmung fehlt.

Courcelle-Seneuil hält jedoch in seinem Traité d'Economie politique diese Idee fest. Bei seiner Auseinandersetzung über den Credit [1]) hält er fest an der Basis, welche gelegen ist in „la confiance de chacun des coopérateurs et ceux qui travaillent avec lui." Darin liegt das eigenartige Wesen des Handels auf Credit, da „cette confiance, plus matérielle en quelque sorte, est plus apparente." Seine Begriffsbestimmung dieses letzteren lautet jedoch, ungeachtet des verschiedenen Ausgangspunktes, der von Knies gegebenen ziemlich gleich. „Le contrat de crédit", sagt er, „est celui par lequel le propriétaire d'un capital en remet la possession à un autre, qui séngage à restituer ce capital au bout d'un temps déterminé ou indéterminé."

Bei der Uebereinstimmung hinsichtlich des Endresultats ist es in der That merkwürdig, dass auch Courcelle-Seneuil den modernen und den classischen Credit nahezu auf eine Linie stellt. Zum Beweise mag eine Stelle aus seinem obenerwähnten Werke dienen: „Les banquiers de l'antiquité recevaient des dépôts: ils faisaient le change des monnaies et aussi des virements; Cléon, par exemple, a mille drachmes à payer à Jrénée, et ils ont, l'un et l'autre, des fonds déposés chez Soclès. Au lieu de prendre les mille drachmes dans la caisse de Soclès, pour les remettre à son créancier, Cléon, d'accord avec celui-ci, donne ordre au dépositaire commun de passer les mille drachmes de son crédit à celui d'Jrénée. L'opération faite, Jrénée a mille drachmes de plus et Cléon mille drachmes de moins en dépôt chez Soclès, et la créance qui existait entre les deux déposants a été éteinte par des écritures, sans aucun mouvement de fonds. C'est cette opération que l'on nomme virement."

Diese Vorstellung ist mit den Quellen sehr wohl vereinbar. Jedoch ist sie ausserordentlich geeignet, Verwirrung anzustiften, wegen der etwas leichten Art, mit der hier mit dem Worte: Credit umgesprungen wird, welches promiscue für den antiken und den modernen Verkehr gebraucht wird. Wenn der römische argentarius auf die angedeutete Weise Vorschüsse machte (credendi causa), so entstand die streng formale litterarum obligatio, welche mit ihrer Zwillingsschwester, der stipulatio, auf den Credit der Römer ein sehr eigenthümliches Licht wirft. Es ist schwer zu entscheiden — bei unserer unvollständigen Kenntniss der Quellen — welches Rechtsverhältniss und welche rechtliche Folgen der griechische

[1]) a. a. O. I. p. 253 (Paris 1867).
[2]) Opérations de banque p. 82.

τραπεζίτης in's Leben rief. Die von Courcelle-Seneuil citirte Stelle gibt in dieser Beziehung sehr wenig Aufklärung.

Sie ist in einer Rede des Demosthenes zu finden.[1]) Der kurze Inhalt ist die Behauptung des Anwalts, dass ein gewisser Banquier Pasion, welcher in seinem Testamente Phormion als Pächter der Bank eingesetzt hatte, Letzterem eine Geldsumme schuldig gewesen sei. Courcelle-Seneuil legt viel Gewicht auf die Stelle, welche er in extenso mittheilt: „parceque la composition et l'emploi des mots prouvent que les Athéniens avaient sur le commerce en général, et spécialement sur celui de banque, des idées plus avancées qu'ôn ne le croit généralement.“ Wir können mit dem besten Willen nicht mehr finden als die Bestätigung einer Thatsache die Niemand bezweifelt, dass auch bei den Griechen sich Banquiers mit der Aufbewahrung und Auszahlung von Geldern befassten. Wüssten wir nur den genauen Inhalt des Verpachtungsvertrages, so wäre daraus vielleicht etwas mehr Licht für das Creditwesen zu gewinnen. Unglücklicherweise aber sagt Demosthenes gleich nach den Worten, die der französische Schriftsteller hervorhebt: „auf welche Weise nun der Verpachtungsvertrag erfolgte, erhellt aus dem Zeugniss desjenigen, der mit der Verwaltung der Bank betraut ist.[2]) Zur Characterisirung gerade des Standpunktes, den der Banquier einnimmt, ist also auch hier nichts gewonnen. Seine Function bei den Römern scheint mehr der Ausfluss einer grossen Ordnungsliebe in der Verwaltung ihrer Angelegenheiten,[3]) als einer öconomischen Macht zu sein, deren vorherrschenden Einflusses man sich bewusst war.[4])

[1]) Phormion. Orat. Graeci ed. Reiske II. p. 945.

[2]) *ὃν μὲν τοίνυν τρόπον ἡ μίσθωσις ἐγένετο, μεμαρτύρηται ὑμῖν ὑπ 'αὐτοῦ τοῦ ἐπικαθημένου ἐπὶ τῇ τραπζέῃ*

[3]) Horat. ad Pisones. 325 ff.

Romani pueri longis rationibus assem
Discunt in partes centum diducere. Dicat
Filius Albini: Si de quincunce remota est
Uncia, quid superet? Poteras dixisse: Triens. Eu!
Rem poteris servare tuam.

[4]) Zum Beweise diene eine hübsche Erzählung von Polybius (XXXII. cap. 13. Ausgabe Schweighäuser). Deinde filiabus Scipionis maioris, patris adoptivi sororibus, dimidium dotis solvendum erat. Nam pater quinquaginta talenta utrique filiae, dotis nomine, daturum se spoponderat: cujus pecuniae dimidiam quidem partem pater utrique genero numeraverat praesentem, dimidiam vero in aere alieno moriens reliquerat. Quare id nomen a P. Scipione dissolvendum erat adoptivi patris sororibus. Quum autem secundum leges Romanorum pecuniam, quae dotis nomine mulieribus debetur, annua, bima, trima die oporteat solvi, praestitis primum ex eadem lege supellectilibus ante decimum mensem, Scipio statim mandavit argentario, ut quinque et viginti talenta utrique intra decimum mensem persolveret. Cum vero Tiberius Gracchus et Scipio Nasica, quibus antedictae mulieres nupserant, elapso mense decimo confestim ad argentarium venissent, rogassentque numquid de ea pecunia mandati al Scipione haberet; cumque ille pecuniam accipere eos juberet et quinque ac viginti talenta utrique numeraret: tum illi errare eum dixerunt: non enim universam simul pecuniam, sed tertiam tantum partem in praesentia legibus deberi. Cum vero ille subjiceret, ita sibi mandatum esse a Scipione, diffisi, juvenem adierunt, labi eum ignoratione arbi-

§ 15. Sachliche Gefahr dieser Ansicht.

Der zweite Grundgedanke, von welchem Knies bei seiner Schilderung des modernen Credits ausgeht, gibt zu einem nicht minder gewichtigen Bedenken Anlass. Jener Gedanke ist in folgenden Worten ausgesprochen: „Die bei den Neueren übliche Art das Wesen des Credites zu bestimmen, konnte um so eher mangelhaft bleiben, als es hier gerade der sachliche Vorgang ist, an welchen sich das nächste und höchste Interesse auch der wissenschaftlichen Betrachtung knüpfte.“ (a. a. O. Thl. 15. p. 564.) Mit der wissenschaftlichen Betrachtung ist natürlich eine Untersuchung aus dem Gesichtspunkte und vom Standpunkte der Nationalöconomie gemeint. Dieser vor Allem stellt jener Schriftsteller die Aufgabe, sich mit dem „sachlichen Vorgang“ zu beschäftigen. Er selbst gibt das Beispiel hierzu, indem er den sachlichen Vorgang in den Vordergrund stellt, diesen zergliedert und auf diesem Wege die Kennzeichen des Begriffs: Credit untersucht. So ist seine Begriffsbestimmung des Credits: jetzige Leistung — zukünftige Gegenleistung entstanden.

Wir können uns mit diesem Resultat nicht befreunden, weil wir die Richtigkeit des Ausgangspunktes bezweifeln. Wenn die von Knies gegebene Richtschnur Bürgerrecht erlangt, so droht eine heillose Verwirrung zwischen der Jurisprudenz und der Nationalöconomie zu entstehen. Jede dieser Wissenschaften hat ihr eigenes und besonderes Terrain, welches sie nicht verlassen kann ohne, selbst bei der besten Absicht, der Idee Abbruch zu thun, welcher sie dient. Die Nationalöconomie hat mit den gesellschaftigen Erscheinungen, die Rechtswissenschaft mit den gesellschaftlichen Thatsachen zu thun. Jene hat nur ein Ziel im Auge: Vermehrung der Wohlfahrt in einem bestimmten Kreise. Zur Erreichung dieses Zieles hat sie nur ein Mittel: Erhöhung der Production. Diese strebt nach demselben Resultat. Um es zu erreichen, verfügt sie aber über vielerlei Mittel. Sie lassen sich unter dem gemeinschaftlichen Namen: Rechtssicherheit zusammenfassen.[1])

trati: idque profecto haud sine causa. Et enim non modo quinquaginta talenta ante triennium nemo, sed ne unum quidem talentum ante praestitutam diem quisquam Romae solvat: tantam unusquisque diligentiam in pecunia et utilitatem in temporis usura collocat. Ceterum cum Scipionem illi convenissent, percontati, quid argentario in mandatis dedisset; cum ille diceret, mandasse ut omnis simul pecunia sororibus solveretur; illi, prae se curam ejus ferentes, errare eum subjecerunt: ipsi enim legibus licere, pecunia illa in satis longum adhuc tempus uti. At Scipio, haec sibi probe comperta et cognita esse respondit; sed cum extraneis quidem stricto jure se uti solere, cum propinquis autem et amicis candide ac generose agere, quantum fieri posset. Quare, ut omnem pecuniam ab argentario acciperent rogabat. Quibus auditis Tiberius et Nasica taciti domum reversi sunt; et Scipionis magnitudine animi stupefacti, et suam nimis adtentam diligentiam damnantes, tametsi inter civitatis principes essent.“

In dem wiederholten Erstaunen der beiden jungen Leute liegt etwas unbeschreiblich Naives. Es fehlte nur noch, dass man den Scipio wegen Verschwendung unter Curatel zu stellen beantragt hätte.

[1]) Das hier besprochene Verhältniss hat auch Prof. Roesler (Ueber das Wesen des Credits und die Creditnatur des Darlehens in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XII.

Diese Sicherheit ist nun naturgemäss von den Voraussetzungen der Thatsachen abhängig, zu deren Nutzen sie in's Leben gerufen wird. Um das Eigenthum zu schützen, ist eine andere Klasse von Hülfsmitteln nöthig, als um die Erfüllung einer Verpflichtung zu sichern. Die Verpflichtungen selbst bedürfen, um nicht als unnütz zu erscheinen, einer mannigfachen Unterstützung durch das Recht. Dem Käufer, dem nicht geliefert wird, muss auf eine andere Weise geholfen werden, als dem Mandatar, der seinen Vorschuss nicht zurückerhalten kann. Dieser Unterschied ist nicht willkürlich, er liegt im Gegentheil in der Natur der Sache. Parteien, welche kaufen, thun etwas Anders, als Parteien, die sich in ein Mandatsverhältniss zu einander stellen. Das Recht, das ihnen Sicherheit (präventive oder repressive) verschaffen soll, muss daher nach diesem Vorgang einen nach der Art der Fälle verschiedenen Weg einschlagen.

Connexität mit der Thatsache ist also die unentbehrliche Voraussetzung jeder wirklichen Rechtswissenschaft. Sehr viel bequemer und ungezwungener bewegt sich die Wissenschaft der Nationalöconomie. Diese hält kraft ihrer Bestimmung ihren Blick auf den Zweck einer gesellschaftlichen Handlung, also auf das Substrat einer Thatsache, gerichtet. Dieser Kern ist es, den wir die gesellschaftliche Erscheinung nennen. Die Wissenschaft der Nationalöconomie ordnet ihr Material im Hinblick auf die Erfordernisse des Zusammenlebens. Die Rechtswissenschaft theilt das ihrige ein, je nach den Bedürfnissen und Zwecken des Individuums. Die erstere findet Gruppen auf ihrem Wege, die letztere Willensäusserungen. Die erstere macht ihr Urtheil über die Thatsachen von dem grösseren oder geringeren Umfang abhängig, in welchem sie ihrem Endzweck dienstbar sind. Sie spricht von productiver und unproductiver Arbeit, von materiellem und unmateriellem Capital u. s. w. Die letztere kennt die Thatsachen und erkennt sie an um ihrer selbst willen. Jede erlaubte Handlung ist ihr heilig. Für kein als rechtmässig erkanntes Verhältniss hat sie irgend eine Vorliebe. Kurz: die erstere bemüht sich hauptsächlich um den Inhalt, die letztere bekümmert sich vornehmlich um die Form.

Mit dieser Gegenüberstellung hoffen wir, wenigstens bei Kundigen, vor Missverständniss geschützt zu sein. Natürlich hat jedes Rechtsinstitut, an und für sich betrachtet, seinen eigenartigen Inhalt, wie auch kein öconomischer Begriff ohne bestimmte Formen gedacht werden kann. In ihrem Verhältniss zu einander tritt aber dort die Form, hier der Inhalt mehr in den Vordergrund. Daher stammt u. E. gerade auch die Noth-

p. 337) beschäftigt, wie es denn von keinem Schriftsteller über unsern Gegenstand unbeachtet gelassen werden kann. Nach ihm (a. a. O. p. 341) „sind Jurisprudenz und Oeconomistik identisch, soweit die Grundzüge ihrer Erkenntniss in Betracht kommen; sie gehen erst auseinander an dem Punkte, wo die Wirthschaft von der Verwaltungsthätigkeit des Staates erfasst wird." Also — Einheit der Diagnose, Verschiedenheit in der Anwendung, wenn wir recht sehen. Diese Regel scheint auf einen Widerspruch hinauszulaufen, dessen Nachweis uns aber zu weit führen würde.

wendigkeit für den Nationalöconomen den Begriff in den Vordergrund zu stellen, während der Jurist den Kennzeichen der concreten Handlung nachzuspüren hat. Dass Keiner von ihnen das wirkliche Leben aus den Augen verlieren darf, bedarf wohl kaum einer Erwähnung. Der Nationalöconom, der, anstatt beständig die Gesellschaft zu beobachten, in die leere Luft hinaussteuert, läuft Gefahr an Nebelbildern seine beste Kraft zu zersplittern. Der Rechtsgelehrte, vor Allem der Gesetzgeber, der sich ausserhalb des Stromes des Lebens stellt, erniedrigt seine Wissenschaft zu einem abstossenden Mechanismus, welche allmählich alle fruchtbare Kraft versteinern lässt.

Das gegenseitige Verhältniss beider Wissenschaften ist nirgends schöner und mit grösserer Sachkenntniss dargestellt als in einem Buche von Wilhelm Arnold, welches wir in den Händen eines jeden Juristen zu sehen wünschten.[1]) Die betreffende Stelle lautet wie folgt:

„Wie jeder wirthschaftliche Akt Rechtsformen voraussetzt, so haben auch alle Rechtssätze, zumal die des Privatrechts, direkt oder indirekt einen wirthschaftlichen Inhalt oder Bezug. Die erste Hälfte dieses Satzes, von dem wir ausgehen, brauchen wir kaum zu beweisen. Denn es liegt klar am Tage, dass jedes Volk, auf welcher Culturstufe es stehen mag, für seine wirthschaftliche Thätigkeit einer rechtlichen Ordnung bedarf, die sie erst sicher stellt oder wie der Jurist sagt, rechtlich möglich macht. Hierbei ist es ganz gleichgültig, ob es noch bei dem System der wirthschaftlichen Isolirung verharrt, wo Jeder Alles was er zum Leben braucht, selbst zieht, oder ob es seinen Bedarf durch Arbeitstheilung und Handel mit andern Völkern befriedigt. Im ersten Fall sind wenigstens ausgebildete Formen für die Besitz- und Eigenthumsverhältnisse, im andern zugleich ein entwickeltes Verkehrsrecht nöthig; in beiden muss ein Recht da sein, was den wirthschaftlichen Verhältnissen entspricht. Mögen wir von dem Leben und Verkehr der Einzelnen oder von der Volkswirthschaft im Ganzen ausgehen, wir kommen immer zu dem nämlichen Resultat, dass jedes wirthschaftliche Verhältniss zugleich ein Rechtsverhältniss einschliesst. Wir besitzen Haus und Hof, Waaren, Wechsel oder Capitalausstände, Staats- und Privatpapiere, aber was für ein Recht haben wir an all diesen Dingen, was für ein Recht, wenn sie uns streitig gemacht werden, zum Beispiel ein Anderer Erbansprüche an das Haus geltend macht, der Käufer die Waare nicht bezahlen will, der Indossant, gegen den wir unsern Regress nehmen, den Wechsel nicht einlöst? Wo wäre ein Besitz, ein Verkehr möglich ohne Recht, das in jedem Fall die gegenseitigen Befugnisse festsetzt, das nicht blos bei dem Was der Vermögens-

[1]) Cultur und Rechtsleben p. 99 (Berlin 1865). Dies Werk gehört einer Richtung an, welche man die angewandte Philosophie des Rechts nennen könnte. (Physiologie des Rechts, wie jener Schriftsteller, ohne diesen Namen zu gebrauchen, andeutet.) In diesem Geiste arbeiteten namentlich: Jhering (Geist etc.), Lotze (Mikrokosmus od. Ideen zur Naturgeschichte und Geschichte der Menschheit) und Trendelenburg (Naturrecht u. s. w.).

objekte stehen bleibt, sondern auch das Wie der Vermögensrechte bestimmt? Und wieder, was wäre das für ein Recht, wenn keine Behörden, keine vom Staat eingesetzten Gerichte da wären, bei denen wir unser bestrittenes Recht verfolgen und den Gegner zwingen lassen könnten? Man braucht nur einen Augenblick bei der Annahme des Gegentheils zu verweilen, um sofort die Unmöglichkeit einzusehen, dass eine Wirthschaft ohne Recht, ein Recht ohne Staat nicht gedacht werden kann. Jedes wirthschaftliche Institut kann daher von einer andern Seite als Rechtsinstitut bezeichnet werden. Sammt- und Sondereigenthum, Grund- und Capitaleigenthum, Lehen, Leihe, Bodenzins, Tausch, Geld, Kauf, Pacht, Miethe, Darlehen, Zins und wie sie alle heissen mögen, sind ebensowohl wirthschaftliche, als rechtliche Begriffe.

Natürlich ist damit nicht gesagt, dass auch die wirthschaftliche und rechtliche Bedeutung der Begriffe die gleiche sei; noch weniger, dass alle wirthschaftlichen Begriffe zugleich rechtliche, und alle rechtlichen zugleich wirthschaftliche sein müssten. Denn dann fielen Recht und Wirthschaft, Jurisprudenz und Nationalöconomie vollständig zusammen. Von der Seite des materiellen Erwerbes oder der Production und Consumtion kommen ganz andere Beziehungen und Eigenschaften zur Sprache als von der Seite des ideellen Rechts oder des Mein und Dein; und darum differiren oft schon die Ausdrücke, womit die Sprache ein- und dieselbe Thatsache nach ihrer wirthschaftlichen und rechtlichen Seite bezeichnet. Dort sind es zunächst quantitative Begriffe — Gut, Werth, Reichthum, hier qualitative — Recht, Befugniss, Verpflichtungen, womit wir es zu thun haben, und wo die neuere Nationalöconomie qualitative aufgenommen hat, bezieht sie dieselben schliesslich doch wieder auf erstere, während diese an sich für den Rechtsbegriff gleichgültig sind. Denn durch den grösseren oder geringeren Werth einer Sache wird die innere Natur des Rechts, die Art und Weise der Befugniss, nicht alterirt.

So wenig Wirthschaft und Recht identisch sind, so wenig können desshalb Nationalöconomie und Jurisprudenz jemals zusammenfallen. Beide behandeln ihr Object von verschiedener Seite und naeh verschiedenen Richtungen hin. Der Jurist reicht z. B. für das Geld mit der Bestimmung aus, dass es eine Sache ist, die gezählt werden kann, fungibel, wie der Kunstausdruck lautet, wozu auf höheren Culturstufen noch der Satz kommt, dass es allein als Zahlmittel gilt, der Nationalöconom kann damit wenig anfangen und muss eine viel ausführlichere Theorie aufstellen, so dass die Lehre vom Gelde fast die wichtigste in der Nationalöconomie ist; oder die letztere begnügt sich umgekehrt mit dem Begriff Tausch und subsummirt die einzelnen Verkehrsgeschäfte darunter, während der Jurist nicht blos auf den Inhalt, sondern auch die Form der Verträge sehen muss und sie nach einer Mehrzahl verschiedener Gesichtspunkte classificirt; der Nationalöconom unterscheidet Grund- und Capitaleigenthum nach der Art des produktiven Faktors, der in beiden wirksam ist, der Jurist unterscheidet Immobilien und Mobilien, nicht blos weil das Recht eines äusseren, leicht erkennbaren Merkmals bedarf, sondern auch weil

ihm die wirthschaftliche Seite des Eigenthums gleichgültig ist; und so sieht fast bei allen Begriffsbestimmungen und Unterscheidungen der eine auf diese, der andere auf jene Merkmale."

§ 16. Entgegengesetzte Auffassung des Credits.

In den Irrthum, vor welchem Arnold mit Recht warnt, scheint uns Knies dadurch verfallen zu sein, dass er nach einem thatsächlichen Kennzeichen sucht, unter welches der Credit subsumirt werden soll [a]). Gerade er hätte, so meinen wir, das Umgekehrte thun sollen. Alle zur Sache dienlichen gesellschaftlichen Thatsachen hätten durch den Nationalöconomen zur höheren Einheit verbunden werden müssen. Der Rechtswissenschaft hätte es dann vorbehalten bleiben können, die verschiedenen Formen des Creditbegriffs zu untersuchen, und deren verschiedene rechtliche Folgen auseinanderzusetzen. Folgt man der umgekehrten Methode, so ist unseren Erachtens die Nationalöconomie zur Rechtswissenschaft gemacht.

Aber auch das Entgegengesetzte ist versucht worden. Unser Gegenstand hat mehrmals unter den Bestrebungen leiden müssen, die Rechtswissenschaft in Nationalöconomie zu verändern. Diesem Streben blieb selbst Roscher, wenigstens zeitweise, nicht ganz fremd. Einige Beispiele mögen das hier Gemeinte erklären.

Um die Mitte des 17. Jahrhunderts war, wie bekannt, unser Vaterland der Schauplatz eines heftigen, mit grosser Bitterkeit geführten gelehrten Streites. Es galt die Frage, ob es erlaubt sei, die Verzinsung eines Gelddarlehens zu bedingen. Auf diesem Gebiete hatte das von Altersher berüchtigte odium theologicum freies Spiel. Eine grosse Zahl von Beweisgründen für das Verbrecherische des Wuchers wurden der heiligen Schrift und den Kirchenvätern entlehnt. Diese und ähnliche Quellen musste umsomehr das Material für den Kampf liefern, als auf rein wissenschaftlichem Gebiete schon seit Hugo de Groot der Streit zu Gunsten der Verzinsung entschieden war. Diesen Streit nun schildert Laspeyres in einer preisgekrönten sehr ernsten Studie [1]). Dieser entnahm wiederum O. van Rees die Idee zu einer leider unvollständig gebliebenen historischen Darstellung [2]). Beide Gelehrte stimmen in ihrem Urtheil über eine Hauptfigur in dem obenerwähnten Streite überein, —

[a]) In eigenthümlicher Weise verbindet Ad. Wagner die Vertrauensdefinition mit einer der Knies'schen nahestehenden, indem er den Credit definirt als „das freiwillige Gewähren oder Empfangen von Leistungen im Vertrauen auf die gegebene Zusicherung zukünftiger Gegenleistungen". cf. s. Artikel in Rentzsch' Handwörterbuch der Volkswirthschaftslehre. Leipzig, 1866.

[1]) Geschichte der Volkswirthschaftlichen Literatur der Niederlande und ihrer Literatur zur Zeit der Republik, p. 256 (Leipzig 1863).

[2]) Geschiedenis der Staatshuishoudkunde in Nederland tot het einde der achttiende eeun (Utrecht 1865), (Geschichte der Nationalöconomie in den Niederlanden um das Ende des 18. Jahrhunderts).

über den Leiden'schen Professor Salmasius nämlich, den Vorkämpfer für die Rechtmässigkeit der Zinsen[1]).

Seine Theorie wird kurz folgendermassen zusammengefasst[2]): „Wenn der Eigenthümer sein Geld gebraucht, hat er allein Vortheil davon; leiht er es aus, sowohl sein Schuldner, als er. Das Leihen von Geld ist vollkommen dem Leihen anderer Sachen gleich, nur ist es viel bequemer. Wenn man sich bei dem Vermiethen von Waaren nicht nur den Verbrauch, sondern auch den Gebrauch bezahlen lässt, so mag man sich auch den Gebrauch des Geldes vergüten lassen. Ist das Letztere unerlaubt, so muss auch das Erstere verboten werden, dabei aber könnten Handel und Industrie schwerlich bestehen und würde dadurch der Fortschritt der Menschheit gehemmt werden."

Man sieht — das Urtheil der Nationalöconomen über Salmasius lautet ohne jeden Vorbehalt günstig. Hören wir dagegen einen Rechtsgelehrten von nicht geringerem Ansehen über dessen in der Schilderung der Verbrauchsleihe vorkommenden Ideen[3]). Wir meinen Pothier, dessen Ansicht über Salmasius folgendermassen lautet[4]): „Les principes que nous venons d'exposer sur la nécessité de la translation de la propriété de la chose prêtée pour la perfection du contrat mutuum, que nous avons puisés dans les textes des jurisconsultes Romains, et que ces jurisconsultes avaient eux-mémes puisés dans la nature même des choses, ont été attaqués dans la siècle dernier par Saumaise.

Cet auteur très érudit et grand littérateur, mais nullement jurisconsulte, a fait une dissertation par laquelle il s'efforce de prouver, qu'il n'intervient aucune aliénation dans le contrat mutuum et que le prêteur retient le dominium ou la propriété de la somme ou quantité qu'il a prêté, non pas, à la vérité, des corps et individus dont la somme ou quantité était composée, mais de la somme ou quantité considérée indeterminate et abstrahendo a corporibus, qui doit lui être rendue par l'emprunteur à qu'il n'en a accordé que l'usage.

Cette opinion a été solidement réfutée aussitôt qu'elle a paru. Elle renverse tout le système de la science du droit, confondant le jus in re et le jus ad rem, dont la distinction en est un des principaux fondements."

[1]) O. v. Rees a. a. O. p. 343: „Um das Jahr 1640 finden wir eine Menge gelehrter Werke über das Ausleihen von Geld, die Zinsen und ihre erlaubte Höhe. — Ueber Allen steht Salmasins. Wenn man seine dicken, weitläufigen von Wiederholungen strotzenden und mit gelehrten Anmerkungen, nicht nur aus lateinischen, griechischen und hebräischen, sondern sogar aus arabischen Schriftstellern überladenen Bücher durchgearbeitet hat, so muss man anerkennen, dass er fast alle Fragen über Zinsen auf eine vollständige und hervorragende Weise beantwortet hat. Alle Vortheile des Credits, sowohl für den Creditnehmer, als für den Creditgeber, sind sehr richtig auseinandergesetzt." Vg. Laspeyres a. a. O. p. 261.

[2]) O. v. Rees a. a. O. p. 352 zg. Laspeyres a. a. O. p. 262: „Geldleihen steht dem Waarenleihen gleich, nur dass es ungleich bequemer ist. Salmasius stellt mit Recht die Proportion auf: Commodatum : Locatum = mutuum : foenus.

[3]) De mutuo zu finden bei Laspeyres sub No. 109.

[4]) Traité du prêt (Oeuvres Thl. 5) p. 382.

Dass die Auflösung dieses scheinbaren Widerspruchs und der entgegenstehenden Urtheile allein in dem verschiedenen wissenschaftlichen Standpunkte zu finden, ist klar. Zum Beweise des auch von uns eben erwähnten Vorwurfes sei nochmals auf Roscher verwiesen[1]. Ueber Salmasius lässt er sich folgendermassen aus: „Es ist bekannt, welchen grossen Fortschritt in volkswirthschaftlicher Hinsicht Claudius Salmasius dadurch gebahnt hat, dass er die juristisch wohlbegründete Lehre von der in der mutui datio liegenden Veräusserung bekämpfte.“ Im Allgemeinen vertheidigt aber der grosse Forscher die Lehre, dass zwischen Rechtswissenschaft und Nationalöconomie eine Beziehung besteht, die, von Beiden erkannt, von Nutzen sein kann. Wir halten dies Grundprincip für ebenso unzweifelhaft, wie die daraus gezogene Folgernng[2]: „dass ein Jurist, um seiner Aufgabe zu genügen, volkswirthschaftliche Einsicht besitzen muss, wird heutzutage wohl Niemand bezweifeln, der nicht sehr hinter der Zeit zurückgeblieben ist.“

Die mit Recht aufzuwerfende Frage ist aber, anf welchem Wege diese Einsicht zu erhalten ist? Auf dem der Trennung, oder dem der Verbindung? Muss die juristische Construction ihr Baumaterial der Volkswirthschaftslehre entlehnen, oder bleibt sie Herrin auf ihrem eigenen Gebiet? Diese Frage beantwortet Roscher, und das Beispiel des von ihm empfohlenen Schriftstellers verdient u. E. keine Nachahmung.

Vier von seinen Heften gab Dankwardt den gemeinschaftlichen Namen: Nationalöconomie und Jurisprudenz[3]. So bescheiden Roscher auftritt,[4] so wenig bescheiden lässt sich sein Schützling aus[5]. Letzterer durchläuft in jenen beiden Werken so ziemlich das ganze Gebiet des Obligationenrechts. Auf diesem Wege stösst er auch auf den Credit, welchem ein Theil des dritten und das ganze vierte Heft gewidmet ist. Credit ist nach ihm die römische fides. Die Ausdrücke: rem credere, fiduciae dare, fidem alicuius sequi oder habere sind also gleichbedeutend[6]. Von diesem Ausgangspunkte aus werden die sonderbarsten Angriffe und die heftigsten Ausfälle gegen die römische Rechtslehre gemacht. Zu dem Begriff des Credits gehört das Vertrauen, also der Wille, den gegebenen Werth zurückzuerlangen. Die römische Auffassung von der condictio indebiti als quasi mutuum fällt ausserhalb dieses Rahmens. „Niemand

[1]) In der oben schon pag. 2, Anm. 1, erwähnten Vorrede zu Dankwardt's: Nationalöconomisch-civilistische Studien.

[2]) Vorrede pag. VIII.

[3]) Sie sind früher (Rostock 1859) erschienen, als das Werk, welchem Roscher's Vorrede vorangeht.

[4]) Vorrede p. IV. „Ich möchte im Folgenden einige anspruchslose Betrachtungen anstellen über das gegenseitige Verhältniss von Nationalöconomik und Rechtswissenschaft.“

[5]) Vorrede 4. Heft: „Man hat an den bisherigen Arbeiten getadelt, dass sie so wenig ausführlich seien. — Wir glauben keine Sünde zu begehen, wenn wir uns auf das beschränken, wozu wir allein befähigt sind, und das unterlassen, was hundert Andere ebenso gut thun können, als wir.“

[6]) Heft 3, p. 34.

kann zweifeln, dass diese Auffassung ein entschiedener Unsinn ist.“[1]) Man kann die Form und Gestalt des creditirten Gegenstandes ausser Betracht lassen, und diesen ausschliesslich als abstracten Werth auffassen[2]). Gebraucht man diesen Schlüssel, so erlangt man die Einsicht in das depositum irregulare, welche den römischen Juristen entging. „Sie fühlten, dass eine Summe Geldes in das Eigenthum eines Andern übergehen, und dennoch das Geschäft eines depositum sein könne; aber sie kamen nicht auf das depositum eines abstracten Werths.“[3]) Für uns (natürlich nur insoweit wir durch den Autor aufgeklärt sind) steht die Sache einfacher. „Die Aufgabe unserer Jurisprudenz ist hier, die Dunkelheit des römischen Rechts aufzudecken und nachzuweisen, dass es nur ein Depositum gebe, aber der deponirte Gegenstand entweder eine materielle Sache oder ein abstracter Werth sein, und im letzteren Falle die den Werth repräsentirende Sache in das Eigenthum des Depositars übergehen könne, ohne dass dadurch das Geschäft aufhöre, ein depositum zu sein. Damit sind alle Controversen beseitigt.“[4]) Auf ähnliche Weise hatte der Autor schon früher mit der Zinsvergütung für geliehenes Geld kurzen Process gemacht[5]). „Zinsen sind das Aequivalent für die Nutzung eines Werths — dies bestreitet Niemand und kann Niemand bestreiten. Damit fällt die ganze römische Gestalt des zinsbaren Darlehens über den Haufen.“

Aus diesen wenigen Proben lässt sich schon ermessen, wie sich Dankwardt die Rechtswissenschaft von der Nationalöconomik erleuchtet denkt. Er bedient sich ihrer, um die Begriffe der ersteren zu verflüchtigen, oder ihr den Mantel der letzteren um die Schultern zu werfen. Für die besondere Richtung der öconomischen Ideen hat er kein Verständniss[6]). Diese werden aus ihrer Ordnung und ihren Fugen herausgerissen, und müssen es sich wohl oder übel gefallen lassen, in das römische Rechtssystem „hineininterpretirt“ zu werden. Unbegreiflich ist, dass ein solcher Fehltritt einem Manne wie Roscher nicht auffiel. Auf dem Wege, den

[1]) a. a O. p. 35.

[2]) a. a. O. p. 38.

[3]) a. a. O. p. 39.

[4]) a. a. O. p. 40.

[5]) Heft 2, p. 37.

[6]) Aus mehr als einem Grunde ist es uns angenehm, mittheilen zu können, dass einer unserer verdienstlichen Landsleute, der jetzige Amsterdamer Advocat J. W. Tydemann, in seiner academischen Prüfungsschrift: disquisitio juridico-politica de oeconomiae publicae notionibus in corpore I. C. Justinianeo (Leyden 1838) das Beispiel zu einer systematischen Auseinandersetzung der bei den Römern gebräuchlichen öconomischen Ideen gegeben hat. Dass er sich von den hier getadelten Versuchen fernhielt, erhöht nur noch den Werth dieser inhaltsreichen Schrift. Dieses Verdienst wird in der neuesten und besten deutschen Literatur auch gebührend anerkannt. Von Goldschmidt (Handbuch des Handelsr. I, § 4, p. 11) wird das Buch in die Liste der handelsrechtlichen Literatur aufgenommen. Endemann (Das deutsche Handelsr., p. 10, 368 u. s. w.) bespricht es wiederholt. Julius Kautz endlich (Theorie und Gesch. der Nat.-Oec. II. § 28, p. 170) weist beständig darauf hin, als auf die Quelle seiner Anschauungen über „die römischen Juristen und die Gesetzgebung“.

Dankwardt einschlug, ist nur der Rückgang beider Wissenschaften zu erwarten. Wir stimmen daher vollkommen mit der scharfen, aber verdienten Kritik jenes Buches überein, welche Fitting gibt. „Mit kecken Behauptungen lassen sich die schwierigsten Probleme der Rechtsdogmatik nicht lösen.“ [1])

§ 17. Credit im juristischen Sinne.

Die Kennzeichen des Credits im juristischen Sinne können nur an dem alten römischrechtlichen creditum untersucht werden. Dies creditum ist der freiwillige zeitweise Verzicht auf das eigene Capital zu unbeschränktem Dienste eines Andern. Das Capital, worauf man zeitweise verzichtet, wird verfügbar. Der Empfänger erhält also die Befugniss, es zu eigenem Nutzen zu gebrauchen, und hat die Verpflichtung, es in genere zurückzugeben. Wenn er es in specie zurückgeben müsste, könnte von einem creditum in dem technischen Sinne keine Rede sein [2]).

Diese ursprüngliche technische Bedeutung des Begriffes, welcher uns beschäftigt, darf keinen Augenblick aus den Augen verloren werden, und zwar umsoweniger, als in der römischen Rechtsentwickelung die eigentliche Grundidee allmählich verdunkelt wurde. Nicht ohne Mühe hat die historische Schule, der unsterbliche Savigny, wie immer, an der Spitze, jene Bedeutung aus den Quellen eruirt. Das erhaltene Resultat umfasst:

1°. ein freiwilliges Anvertrauen eigenen Geldes oder Gutes, deren vindicatio der Eigenthümer gegen eine condictio eingetauscht hat (pecunia credita, mutuum) [3]);

2° ein Anvertrauen eigenen Geldes oder Gutes in der Art, dass der Eigenthümer nicht Willens war, die vindicatio aufzugeben (commodatum, depositum, pignus);

3° ein Vertrauen, das im Allgemeinen Derjenige haben muss, der etwas, aus welchem Grunde auch immer, von einem Andern zu fordern hat. Dies Vertrauen findet sich bei jeder Verpflichtung, da der eigenartige Character dieser letzteren gerade der ist, dass, was einem Gläubiger zukommt, bei einem Schuldner sich befindet (emtio-venditio; locatio-conductio; mandatum u. s. w.).

Auf jeden der hier erwähnten drei Fälle ist das credere anwendbar. Aber es ist nicht auf dieselbe Weise und nicht in demselben Masse anwendbar. Man braucht ja wohl nur einen Augenblick nachzudenken, um gewahr zu werden, dass wir es hier mit einer verschiedenen Rang-

[1]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr., II. p. 185.

[2]) Ueber die sehr bekannte, L. 2, § 3, D. 12. 1: sicut, si eandem rem recepturi sumus creditum est vg. Heimbach, Creditum, p. 80—82.

[3]) Der Unterschied zwischen Geld und Gut hat keinen Einfluss auf das Wesen der Handlung (das Vertrauen). Allein die formula war naturgemäss verschieden. Im ersten Falle: certa intentio und certa condemnatio (si paret C. dare oportere judex C. condemna). Im zweiten Falle: certa intentio und incerta condemnatio (si paret tritici optimi modios C. dari oportere, judex quanti ea res erit tantam pecuniam condemna). Vg. Savigny, System, V. p. 516, 612.

ordnung von Rechtshandlungen zu thun haben. Allen ist das Vertrauen, als das Hauptelement der Handlung des Gläubigers, gemeinsam.[1]). Die Intensivität aber, der Umfang dieses Vertrauens ist verschieden und wohl in absteigender Ordnung.

Das meiste und höchste Vertrauen ist da vorhanden, wo der Eigenthümer, welcher immer die Hand auf seinem Gute halten kann, dies in den Dienst eines Andern stellt, sich selbst aber mit einem mehr oder weniger ausdrücklich ausgesprochenen[2]) Versprechen gleichartiger Rückgabe zufrieden gibt. Hier können wir von einem Prototyp des Vertrauens, also von dem creditum im eigentlichen Sinne sprechen (erster Fall).

Des Eigenthümers fides ist geringer, braucht wenigstens nur geringer zu sein, wenn das Verhältniss, worin er sich zu seinem Schuldner stellt, seine eventuelle Eigenthumsforderung (Vindication) nicht ausschliesst (zweiter Fall).

Es erhellt dies zur Genüge aus der römischen Rechtslehre von dem sg. depositum irregulare. Wird, gleich anfänglich oder später, die Erlaubniss zu einer Rückgabe der in Verwahrung gegebenen Gegenstände in genere eingeräumt, so verändert die Handlung ihre Natur und wird zum mutuum oder diesem gleichgestellt. Das ursprünglich schwächere Vertrauen wird mit Recht als erhöht angesehen. Daher die sehr natürliche Frage, ob die rechtlichen Folgen dieses erhöhten Vertrauens dann auch wirklich später Platz greifen.[3])

[1]) Hier ist mit Vertrauen keineswegs die ethische Gemüthsstimmung, sondern die objective, bewusste Ueberzeugung gemeint. Die erstere fällt nicht in den Bereich irgend einer Rechtsregel. Sie kann Motiv für eine Handlung sein, ist aber als solche rechtlich gleichgültig. Die letztere gibt sich Rechenschaft von ihrem Handeln und wird dadurch zum Rechtsbegriff. Endemann, Der Credit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. IV. p. 35 und Sintenis Civilr. II. § 82. Anm. 2.

[2]) Vg. Bähr, Anerkennung p. 17. Anm. 3. „Das Vorhandensein des obligirenden Versprechens in diesen Rechtsgeschäften darf nicht deshalb verkannt werden, weil dasselbe oftmals nicht ausdrücklich hervortritt, sondern in dem Namen des Rechtsgeschäfts sich versteckt. So liegt in der Annahme einer Summe als „Darlehen" das Versprechen der Rückzahlung von selbst. Der scheinbar einfache Act löst sich juristisch in die Hingabe von Geld und das Versprechen der Rückzahlung auf. Zum Beweise: l. 6 § 1. D. 46. 2: quum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione, et ex continenti fecit stipulationem unus contractus est. Idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata est.

[3]) l. 9 § 9 D. 12.1. Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt; et est verum, ut et Marcello videtur, animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, ct poterit ei condici l. 10 ibid. Quodsi ab initio, quum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditum non esse antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum.

Vangerow, Pand. III. § 630. Anm. p. 416 betont, dass die rechtliche Folge des depositum irregulare darin besteht, dass der Empfänger Eigenthümer wird und das periculum auf ihn übergeht, „aber in allem Uebrigen ist es doch ein wahres depositum, und ganz nach den Grundsätzen des letzteren zu behandeln." Auf seiner Seite steht Heimbach, Creditum p. 445. Ganz abweichend: Endemann, a. a. O. p. 61. „Bis zur Gegenwart ist es die gemeine Lehre, dass beide Geschäfte

Am schwächsten endlich ist jene fides, wenn der Eigenthümer, nachdem er etwas aus seinem Vermögen geleistet, erwartet, dass der Schuldner die Gegenleistung, wozu er sich verpflichtet hat, mache. (dritter Fall.)

Für die Existenz dieser Rangordnung sprechen folgende Quellenzeugnisse:

Erster Fall.

l. 1. D. 12. 1: nam cuicunque rei assentiamur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur.

Zweiter Fall.

l. 24. § 2. D. 42. 5: aliud est enim credere, aliud deponere.

Dritter Fall.

l. 11. D. 50. 16. Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur.

Es war, soweit wir sehen, das Verdienst der historischen Wissenschaft, das gegenseitige Verhältniss jener Rechtshandlungen festzustellen. Zuerst geschah es durch Savigny[1]), als er seine schöne Condictionentheorie auseinandersetzte. Seine Ansicht lautet folgendermassen: „Die ursprüngliche Bedeutung von Creditor und Creditum geht auf die aus einem Gelddarlehen entstandene Forderung, von da ist der Ausdruck auf den abstracten Begriff der Forderungen überhaupt, wofür man keinen anderen Namen hatte, übertragen worden und dieser ausgedehnte Sprachgebrauch ist dann der vorherrschende geworden.“

Etwas ausführlicher lässt sich Puchta aus:[2]) „In jeder Obligatio liegt ein Anvertrauen, es ist etwas bei dem Schuldner, das er leisten soll, sei es sofort oder später, und darum wird jeder Forderungsberechtigte Gläubiger: creditor genannt. In einem vorzüglichen Sinn aber tritt dieses Anvertrauen und creditiren ein, wenn der zu leistende Gegenstand von dem Gläubiger ausgegangen und an den Schuldner gekommen ist, oder als ein solcher aufgefasst werden kann. Unter diesen Fällen zeichnet das römische Recht wieder die durch eine eigenthümliche

(mutuum und depositum irregulare) in allen Punkten der rechtlichen Beurtheilung identisch sind.“ Die Frage kann auch nach unserem Rechte höchst wichtig sein. Hierher gehört folgender Fall: Jemand gibt einem andern Geldstücke zur Verwahrung. (Pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderit l. 31 D. 19.2). Er wird später dessen Schuldner. Kann der (quasi) Depositar compensiren? Nach Vangerow — nein (art. 1465 No. 2 B. G.) Nach Endemann — ja. Unzweifelhaft ist es aber — und darauf kommt es uns im Augenblick an, — dass das depositum irregulare einen, wie auch immer veränderten, Rechtsbegriff darstellt. Von diesem Gesichtspunkte aus wird es auch im Texte betrachtet.

[1]) System V. p. 513 ff.

[2]) Pand. ed. 1872. § 219. § 339.

Behandlung, namentlich in Beziehung auf den gerichtlichen Schutz, aus, in denen ein Gegenstand in das Vermögen des Schuldners übergegangen ist, so dass der Gläubiger keine Vindication mehr und mithin auf das Entschiedenste und Vollständigste dem Schuldner creditirt hat."

Endlich lehrt Heimbach:[1]) „Man verstand unter Creditum: einseitige Obligationen aus einem Rechtsgeschäfte, zu dessen Abschluss die Einwilligung der Parteien nothwendig ist, unter der Voraussetzung, dass dieses Rechtsgeschäft vom Anfang an ein certum zum Gegenstand hat; dass es ferner vom Anfang an gewiss ist, dass daraus etwas geschuldet werde; dass endlich diese Gewissheit schon vom Anfang an in der Person des Gläubigers und Schuldners zum Durchbruch kommt, und namentlich dem Gläubiger die Absicht zum klaren Bewusstsein gelangt, das, was ihm aus dem Geschäfte geschuldet wird, auf einige Zeit bei dem Schuldner im Vertrauen auf dessen Zahlungsfähigkeit stehen zu lassen."

Das mutuum also (pecunia credita) war das eigentliche creditum. Zunächst dem mutuum und gleichsam parallel gab es aber noch ein civilrechtliches Mittel, um jeder Forderung, auf Grund welchen Titels sie auch entstanden sein möge, das Wesen jenes creditum zu verschaffen. Was die datio mutui thatsächlich (re) bewirkte, bewerkstelligte die stipulatio oder die litterarum obligatio müudlich oder schriftlich. Dadurch unterwarfen sich die Parteien den Rechtsfolgen des mutuum. Sie erklärten implicite, dass von nun ab das zwischen ihnen bestehende Verhältniss so aufgefasst werden müsse, als bestehe eine Geldverbrauchsleihe. Was die Vortheile dieser ihrer Erklärung waren, und wie diese später von der ursprünglich strengen Form befreit wurde, haben wir bereits auseinandergesetzt. [a]) Hier haben wir ein anderes Ziel vor Augen. Die Gleichstellung nämlich der beiden Formalcontracte mit dem mutuum, in Verbindung mit dem bei letzterem vorhandenen höchsten Grade des Vertrauens, berechtigt uns, die characteristischen Kennzeichen des Credits bei diesem letzteren allein zu suchen.

§ 18. Verhältniss des Credits zum mutuum.

Das Verhältniss des modernen Credits zum alten mutuum, dem Prototyp, wie wir sahen, des creditum, beruht auf der Vorstellung, welche sich die Parteien von einer Handlung machen, welche gleichartig, aber nicht identisch ist. Duo quum faciunt idem, non idem faciunt ist eine Regel, die auch auf diesem Gebiete anwendbar ist. Wenn, was historisch nachgewiesen ist, der Begriff: Credit eine Aenderung erlitten hat, so kann man die Kennzeichen und den Zusammenhang dieser Aenderung dadurch allein untersuchen, dass man die Elemente an's Licht zieht, deren gemeinschaftliches Zusammenwirken den Rechtsbegriff: mutuum beherrschen. Erhellt hierbei, dass sich der moderne Credit dieser Herrschaft entzogen

[1]) Creditum p. 57.

[a]) In dem hier nicht abgedruckten (allgemeinen) historischen Theil.

hat, so können wir aus dieser Aenderung auf einen veränderten Creditbegriff schliessen.

Aus diesem Grunde müssen wir nun nacheinander betrachten:

a. Die Zinsvergütung. Nach römischem Rechte musste sie, sollte sie überhaupt geschuldet werden, in der Regel formal bedungen werden.[1]) In einigen Fällen war (bei mutuum) ein nudum pactum hierzu ausreichend. Zu diesen Fällen gehörte, wahrscheinlich kraft Privilegs,[2]) das mutuum der argentarii.[3]) Die Nothwendigkeit einer formalen Verpflichtung zur Zinsvergütung ist eigenthümlich. Sie deutet an, dass das Zinsnehmen nicht als ein unmittelbarer, gleichsam natürlicher Ausfluss des Dienstes angesehen wurde, welchen man dadurch, dass man auf einige Zeit auf sein Capital verzichtet, einem Anderen leistet.[4]) Noch eigenthümlicher aber ist der Character dieser Vergütung. In der modernen Gesellschaft hat sie zweierlei Bestandtheile. Die Zinsen begreifen in sich den Miethzins für das Capital, und die Versicherungsprämie für die Gefahr, dass das Geliehene nicht zurückgegeben werde. Die alte usura (a verbo usu) vergegenwärtigt nur jenen Miethzins, nicht diese Prämie.[5])

[1]) l. 24. D. 19. 5 pecuniae quidem creditae usuras, nisi in stipulatum deductas non deberi.

Paul. S. R. II, 14, § 1: si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti. Dass auch auf Grund eines nomen factum Zins verschuldet werden konnte, beweist Heimbach Creditum p. 475.

[2]) Heimbach a. a. O. p. 483: „Die Ausnahme bei dem creditum der Argentarie beruht auf besonderer, gesetzlicher Begünstigung dieses Standes.“

[3]) Nov. 136 c. IV. quoniam vero legem tulimus, ne argentariae mensae praepositi ultra besses usuras fenerentur, illi autem nos docuerunt, etiam sine scripto se fenerari solere, quantum vero ad usuras fidem sibi non servari, utpote mutuo sine scriptis contracto nec stipulatione interposita. (juxta vulgatum illud, non convenire ut usurae absque stipulatione currant, licet multi sint casus, in quibus non stipulatae etiam usurae vel ex solo pacto nascuntur, nonnumquam etiam ne quidem ex pactis, sed sua sponte introductae tamen exiguntur) propterea etiam sancimus, non solum ex stipulatione sed etiam ex non scripto tales usuras illis dari, quales lex illis stipulari concedit, hoc est usque ad bessem centesimae. Nam qui omnibus fere indigentibus opem ferre parati sunt, justum non est ejusmodi subtilitate laedi.“

[4]) Ganz allgemein sagt Endemann, der Credit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. IV. p. 38: „Das Creditiren erschien ursprünglich doch so anomal, oder so bedenklich, dass der Creditgeber darauf sich nur unter der Bedingung strikter formeller Verpflichtung des Schuldners einlassen zu können schien.“ Den Grund warum die Zinsvergütung (die doch kein creditum war) insbesondere formal ausbedungen werden musste, kann man finden bei Savigny Syst. VI. p. 130. War die condictio certi ex mutuo angestellt, so konnte der Richter die geforderte Summe nicht um die Zinsen erhöhen, es sei denn, dass er Lust hatte, sie aus seiner eigenen Tasche zu bezahlen

[5]) Thöl Handelsr. I. p. 586 behauptet, dass den Römern beide Bestandtheile bereits bekannt waren. Seine Beweisführung scheint uns völlig unhaltbar. Die Worte: quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsas retinere oportet in l. 67 § 1 D. 17. 2, wo die Sprache von einem socius ist, der den ganzen bedungenen Zins behalten soll, weil er auf eigenes Risico geliehen hat, stehen zu unserer Frage in keiner Beziehung. Sie sagen lediglich, dass er (der socius) der Kasse vergüten muss, was er daraus nahm, wenn der Schuldner nicht bezahlen sollte. Aus diesem Grunde gilt auch umgekehrt: ubi onera, ibi emolu-

b. Das Verhältniss zwischen Zinsstipulation und mutuum. Dieses definirt Sell[1]) folgendermassen: „Die Römer unterscheiden, wie bekannt, den Zinsvertrag sowohl seiner Eingehung, wie seiner Wirkung nach, strenge von dem gewöhnlichen Darlehen (mutuum). Jener wird verbis, durch stipulatio; dieser re, durch Hingabe, abgeschlossen; und die Verpflichtungen bei beiden bestimmen sich nach der eigenthümlichen Natur derselben verschieden. Bei uns dagegen ist nicht nur gewöhnlich mit einem Darlehen ein Zinsvertrag verbunden, sondern man betrachtet auch die Schuld auf das Darlehen und die Schuld auf die Zinsen als zwei wesentlich verbundene Theile eines und desselben Rechtsgeschäfts."

Das characteristische Wesen der hier geschilderten römischrechtlichen Auffassung ist, dass die Verpflichtung zur Zinszahlung einen materiell selbstständigen Character nicht hat. Jene Verpflichtung ist untrennbar mit der Hingabe des Capitals und der daraus entstehenden Forderung verknüpft. Diese Hingabe ist ihre causa. Wo diese causa entweder ab ovo nicht zur Entstehung kommt, oder später aufgehoben wird, hat die Zinsstipulation keine Wirkung. Verschiedene sehr wichtige Folgen werden aus dieser materiellen Abhängigkeit von Heimbach[2]) abgeleitet. Sind die Zinsen bezahlt, das mutuum aber nicht gegeben, so können sie condictione indebiti zurückgefordert werden. Wenn das Capital (caput, sors) zurückbezahlt ist, hört der Zinsenlauf auf. Wenn endlich die Forderung ex mutuo im Wege der Schulderneuerung in eine neue Verpflichtung umgeändert wird, verliert die Zinsstipulation ihre Kraft. Dieser innerliche Zusammenhang darf, behufs der Vergleichung mit dem modernen Creditbegriff, nicht aus den Augen gelassen werden.

c. Die Beschränkungen der Zinsvergütung (Anatocismus; Verbot der Zinsen ultra alterum tantum). Die Beschränkungen des Zinsnehmens mit ihren jedesmal wechselnden begleitenden Umständen gehören der öconomisch-politischen Geschichte Roms an.[3]) Die Bestimmungen aber, dass von rückständigem Zins kein Zins genommen werden darf, und dass aller Zinsenlauf aufhört, wenn die rückständigen Zinsen

menta. Auf die anderen von Thöl citirten Stellen ist eine ähnliche Auslegung anwendbar; vg. Endemann a. a. O. Anm. 8.

Aus einem anderen Gesichtspunkte hat W. Sell in den Jahrbüchern für hist. und dogm. Bearb. des Röm. Rechts I. p. 184 die Verwandtschaft nachgewiesen, welche zwischen Schadloshaltung und Vergütung von (Verzugs- oder aus einem Quasidelict verchuldeten) Zinsen besteht: „Da die Zinsen überhaupt als ein Aequivalent für den gestatteten, oder den entzogenen, verhinderten Gebrauch einer Quantität fungibler Sachen erscheinen, so sind sie im Allgemeinen mit dem Schadenersatz oder dem Interesse bei fungiblen Gegenständen nahe verwandt." Abgesehen davon, dass auch nach dieser Auffassung allein von dem Miethzins die Rede ist, so wird dadurch zugleich der Ursprung von art. 1286 B G. aufgehellt.

[1]) Jahrb. u. s. w. I. p. 16. Anm. 2.

[2]) Creditum p. 488. vg. Puchta Inst. III. p. 20.

[3]) Ausgezeichnet geschildert von Sell in Jahrb. u. s. w. I. p. 36 ff. Der § 2 seines Aufsatzes gibt „eine gedrängte geschichtliche Entwickelung der römischen Gesetzgebung über die Zinsen, in Verbindung mit einer allgemeinen Schilderung der römischen Zustände während der Dauer der Republik."

die Höhe des Capitals erreicht haben,[1] sind offenbar der Ausfluss eines mangelhaften Creditbegriffs.

Es ist nicht schwer, dies zu beweisen. Man braucht nur die durchgehende und constante Tendenz des Handels zu beachten (welcher bewusst oder unbewusst den modernen Creditbegriff geschaffen hat und von diesem Begriffe sich Rechenschaft gibt) um beide Verbote ohnmächtig zu sehen. Dass wir in dieser Handelsgewohnheit eine Rechtsquelle sehen müssen, lehrt schon Savigny mit Beziehung auf den Anatocismus.[2] Ebenso bezahlt der Handel allerorts Zinsen ultra alterum tantum. Selbst da, wo die Regel noch anerkannt wird, wird ihr ein möglichst geringer Spielraum eingeräumt.[3] In der That sind denn auch im deutschen Handelgesetzbuche beide Verbote abgeschafft[4].

d. Die Verjährung der condictio mutui. Wenn ein mutuum gegeben ist, ohne dass etwas über den Rückzahlungstermin oder die Zinszahlung ausgemacht wurde, so ist die Frage: in welchem Augenblick die Verjährung der Klage beginnt, auch für unsern Gegenstand von Belang. Diese sehr bestrittene Rechtsfrage hängt aber nun von der Anwendung der unbestrittenen Rechtsregel ab: actioni nondum natae non praescribitur. Die Streitfrage kann also wohl kürzer dahin praecisirt werden: wann bei dem obenerwähnten mutuum actio nata ist. Zwei Ansichten zur Lösung dieser Frage stehen sich einander gegenüber. Savigny meint, dass die Verjährung erst anfange, wenn der Gläubiger das mutuum gekündigt hat.[5]

[1] l. 26 § 1 D. 1. 26: Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt; et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae.

[2] Syst. l. p 179: „Dagegen ist es in dem Handelsstand allgemein üblich, am Ende eines Jahres, zuweilen selbst eines kürzeren Zeitraums, Abschlüsse zu machen, und den Saldo auf eine neue Rechnung zu übertragen, da er sodann gleich wieder Zinsen trägt, obgleich er selbst zum Theil aus Zinsen des abgeschlossenen Zeitraums besteht. Das ist der Regel des römischen Rechts allerdings entgegen, aber es geschieht offen und allgemein, und kann gar nicht anders sein, ohne die Einfachheit der Rechnungsführung zu stören; auch passt der Zweck des römischen Verbots auf diesen Fall gar nicht. Hier ist also das Verbot durch eine allgemeine Gewohnheit des Handelsstands abgeschafft, wobei es gar nicht darauf ankommt, wie viele Einzelne sich von diesem Zusammenhang der Sachen Rechenschaft geben mögen: denn Alle handeln so im Gefühle der Nothwendigkeit und Rechtmässigkeit ihres Verfahrens."

[3] Windscheid, Pand. II. p. 42, Anm. 6: „Die heutige Anwendbarkeit der Regel ist weder in Theorie noch Praxis unbestritten, und auch wo sie anerkannt wird, wird vielfach die Beschränkung hinzugefügt, dass der Gläubiger es an der nöthigen Sorgfalt in der Beitreibung der Zinsen habe fehlen lassen" Diese Einschränkung ist ein unfehlbares Zeichen des Verfalls. Wenn eine Rechtsregel zur Thatfrage wird, ist es mit ihr geschehen. Jeder Kläger nimmt in die Klage die Formel auf: er habe es nicht fehlen lassen u. s. w. und die Klage selbst dient zum Beweise. Uebrigens weiss man, dass der Code Nap., also auch unser Gesetzbuch, das Verbot nicht kennen.

[4] Artt. 291, 293, A. D. H. G. B.

[5] Syst. V, p. 292 ff. „Die Verjährung fängt an, weil der Wille des Gläubigers, dass der Schuldner das Geld geniesse, aufgehört hat."

Vangerow dagegen[1]) sagt, dass die Verjährung zugleich mit dem Abschlusse des Vertrages beginne.

Zwei Gründe bringt Savigny vor. Zunächst, dass eine Rechtsverletzung vorhanden sein müsse, um eine Klage in's Leben zu rufen. Eine Rechtsverletzung ist nun aber nicht vorhanden, wo es die Natur des Vertrages mit sich bringt, dass ein Zustand von einer gewissen Dauer (Hingabe auf Grund eines mutuum) in's Leben gerufen wird. Diesem Zustande kann der Gläubiger ein Ende machen. Will er aber ein Forderungsrecht haben, so muss er dies auch durch Kündigung thun. Andererseits müsse irgend eine Säumniss seitens des Gläubigers eingetreten sein, bevor von einer Verjährung der Klage die Rede sein könne.

Die zweite Bemerkung und ihre Widerlegung interessirt uns für den Augenblick nicht. Der erste von Savigny aufgestellte Satz wird aber von Vangerow bezweifelt. Durch ausführliche Quellennachweise thut er dar[2]), dass zur Anstellung einer Klage nicht Mehr nöthig sei, als das Bestehen eines Forderungsrechtes, ein Verpflichtet-sein, keineswegs die Verletzung der Verpflichtung. Nun habe der Schuldner ex mutuo (ohne Rückzahlungstermin) mit jedem Schuldner das gemein, dass er nicht zurückzugeben brauche ohne vorherige Mahnung. Zur Leistung sei er nur sofort nach der Mahnung verpflichtet. Habe aber ein solches Ersuchen nicht stattgefunden, so habe der Gläubiger nicht das Recht, jene Rückgabe zu erwarten. Bei ihm könne also von einer Täuschung nicht die Rede sein. Mithin könne in der Nichtrückgabe auch keine Rechtsverletzung enthalten sein. Falle aber dies letztere von Savigny als Erforderniss angenommene Hinderniss hinweg, so stehe dem sofortigen Anfange der Verjährung Nichts im Wege. Der Gläubiger stehe also auch hier unter dem Einflusse der Regel, dass seine Klage mit dem Abschluss des Vertrages entstehe (dies statim cedit et venit.).

Fasst man die hier erwähnten auf das mutuum bezüglichen Erscheinungen zusammen, so wird das Verhältniss dieses letzteren Rechtsbegriffs zu dem modernen Creditbegriff deutlich. Das creditum ist die Eigenschaft einer Handlung. Creditum ist eine Leistung, die ihrer Natur nach aufgeschoben wird. Diese Aufschiebung der Rückzahlung entsteht bei dem mutuum auf Grund der datio, zuweilen in Folge einer formalen Verpflichtung. Einen eigenen, selbstständigen Character hat dieser Aufschub aber nicht. In der Vorstellung der Parteien bricht sich dieser selbstständige Begriff nicht Bahn, und im Rechtsleben äussert er sich nicht. Wenn das creditum (mutuum) vergütet wird, so wird die Benutzung des Capitals, das man empfängt, vergütet, nicht der in dem Darleihen desselben gelegene Dienst. Die Benutzung nun verweist wiederum auf eine Eigenschaft der Capitalsvorstreckung. Der bewiesene Dienst

[1]) Archiv für Civ. Praxis 33, p. 292.

[2]) Ibid. p. 305 ff. Was für das mutuum gilt, ist zugleich für das depositum, commodatum und precarium wahr; vgl. l. 1 § 22, D. 16. 3 eine Stelle, deren Worte: qui reposcenti non reddat Vangerow auffasst, als bezögen sie sich auf die in der Klaganstellung selbst gelegene Rückforderung.

hingegen würde einen selbstständigen Charakter haben. Daher die materielle Abhängigkeit der Zinsstipulation von dem mutuum. Daher die Beschränkungen der Zinsvergütung (nicht zu verwechseln mit denen der Zinserhebung). Von dem Miethpreis kann nicht nochmals ein Miethpreis bezahlt werden. (Anatocismus). Das Interesse an dem Besitze des gemietheten Capitals kann nicht so gross sein, dass als Miethpreis nochmals das Capital bezahlt werde (alterum tantum). Endlich besteht der Aufschub, der (wenn nichts bedungen ist) von des Gläubigers Bereitwilligkeit abhängt, nur so lange, als dieser ihn fortdauern lassen will. Er kann sofort zurückfordern, denn der von ihm gegebene Aufschub ist nicht dem von den Parteien geschlossenen Vertrage inhäerent, also nicht selbstständig.

Nirgends finden wir diese Auffassung von dem creditum (mutuum) mit treffenderer Richtigkeit nachgewiesen, als bei Endemann, der sie zuerst wissenschaftlich klargestellt hat. „Creditum“, sagt er,[1]) ist die creditirte Leistung, nicht der Credit, oder, als Creditgeschäft genommen, dasjenige Geschäft, das, abgesehen von der datio mutui, welche diese Natur von selbst in sich trägt, diese Eigenschaft, anfangs durch Stipulation, in der Folge durch Pakt, begründet.

Ueber diese Eigenschaftsqualität kann man nicht hinaus. Man konnte von einer creditirten Leistung, nicht von geleistetem Credit sprechen. Das credere blieb eine Handlung wesentlich des Creditor, durch welche die Leistung aufgeschoben wird. Der Gedanke einer Berechtigung des Debitor durch das Creditgeschäft fehlte.“

§ 19. **Verhältniss des Credits zu:**

a) Stipulation. b) pactum de non petendo. c) pactum de mutuo dando.

Bisher betrachteten wir das römischrechtliche creditum in der allen übrigen zum Typus dienenden ursprünglichen Form. Wenn ein Capital hingegeben wird mit der ausschliesslichen Absicht des Gläubigers dadurch ein Forderungsrecht in's Leben zu rufen, so heisst dies credere im eigentlichen Sinne[2]). Ebenso konnte aber auch, wenn ein bona fide Contrakt bereits zwischen den Parteien bestand, diesem Contrakt später ein creditum hinzugefügt werden. Dazu brauchte man einen mündlichen oder schriftlichen Formalcontrakt, ebenso wie letzterer gebraucht wurde, wenn es den Parteien um eine Schulderneuerung zu thun war.[3])

[1]) Der Credit als Gegenstand der Rechtsgesch. in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. IV, p. 40.

[2]) l. 19, pr. D. 12. 1: „quoties id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. l. 3 § 1 D. 44. 7. Non satis autem est, dantis esse nummos, et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi ut obligatio constituatur.“

[3]) Heimbach a. a. O. p. 410. „Recht belehrend wird hier das Gebiet der freien Geschäfte, welche ihrer beweglichen Natur nach vielfach Veranlassung zum Anschluss eines Creditums werden können, was seiner Natur nach bald das aus dem

Als Beispiel zu Letzterem verweisen wir nochmals auf § 3, J. 32. 9: „sed si eadem persona sit, a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio, aut dies aut fidejussor adjicitur aut detrahatur.“

Dass der dies, wovon hier die Sprache ist, im Sinne von Termin genommen werden muss, liegt auf der Hand. Damit ist aber zugleich klar, dass diesem creditum nicht der selbstständig technische Character des modernen Credits eigen ist. Wäre dies der Fall, so würde jede Verpflichtung mit einer Zeitbestimmung eine Verpflichtung sein, die Credit zum Gegenstand hat. Das ist nun offenbar unrichtig. Der beigefügte Termin bleibt immer eine Eigenschaft der Handlung, deren eigentlicher Character durch den zwischen den Parteien abgeschlossenen b. f. Contract: Kauf, Mandat u. s. w. ausgedrückt wird. Für die aus diesem Vertrage schuldige Leistung verschafft (oder nimmt) hier das Creditum einer der Parteien Aufschub, nicht Credit. Dies Element wird in die ursprüngliche Handlung aufgenommen (oder daraus entfernt), wie eben das Eine oder das Andere mittelst der conditio oder der fidejussio, wovon dieselbe Stelle spricht, hätte geschehen können.

Lag eine Schulderneuerung nicht in der Absicht der Parteien und sollte das creditum lediglich eine neue Obligation schaffen, welche neben der alten bestehen soll, (Schulderneuung), [a]) so ist ebensowenig die Rede von Gewährung eines Credits im modernen Sinn. Als Beispiel dieser letzteren Handlung diene:

l. 19, D. 18. 1: quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satis factione.“

Das fidem habere emtori, wovon hier gesprochen wird, hat zur Folge, dass der Käufer das Eigenthum der Sache erhält, bevor er sie bezahlt hat. Eine uralte Rechtsregel[1]) war es ja, dass wenn der Käufer Eigenthümer selbst der ihm schon überlieferten Sache werden wollte, er zahlen, oder für den Kaufpreis Bürgen stellen musste. Für die von dem Verkäufer aufgegebene vindicatio erhielt er in dem obigen Falle den Schutz einer formellen Verpflichtung. Durch letztere konnte wiederum ein Zahlungsaufschub bewilligt werden. Doch blieb auch alsdann die Idee unseres modernen Credits den Parteien fremd. „Das Wesentliche, sagt Endemann,[2]) nach römischer Auffassung ist darin nicht die rechtliche Creditertheilung, sondern die durch die faktische Creditertheilung veranlasste Conversion der bonae fidei Verpflichtung in das creditum.“ Auch

freien Geschäfte Geschuldete novationsweise in sich aufnehmen, oder aber unter einfachem Fortbestehen der freien Obligation zur grösseren Sicherung des Gläubigers dienen kann, welcher dann zwischen der Klage aus dem freien Geschäfte, und der actio certae creditae pecuniae selbstständig wählen kann.“

[a]) Ich möchte diesen Ausdruck für den letztgedachten Akt, und das Wort Schulderneuerung für den novirenden Akt als termini technici vorschlagen. R.

[1]) l. 53, D. 18. 1: „ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium, an eo nomine fidejussor datus sit.“

[2]) a. a. O. p. 47.

wo eine Vergütung zum Nutzen des Verkäufers für den vom Käufer nicht bezahlten Besitz der Sache bedungen wurde, hatte diese Vergütung keinen anderen Character als den der Miethe. Der eigentliche Creditpreis blieb als unbekannt ausser Betracht. Zum Beweise diene:

l. 13 § 20, D. 19. 1: veniunt autem in hoc judicium infra scripta, in primis pretium, quanti res venit; item usurae pretii post diem traditionis, nam quum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere.

Man sieht hieran, wie die Vergütung sich auf das frui re bezog. Auch bei diesen beiden Formen des creditum (Schulderneuerung und Schulderneuung) steht also römischrechtlich die Eigenschaft einer Handlung im Vordergrund. Diesen Characterzug haben sie mit dem mutuum gemein.

Das pactum de non petendo, welches Bähr mit Recht als die Analogie der acceptilatio auffasst,[1] kann ebenso zu einer zeitlichen Aufhebung des Forderungsrechtes verwandt werden.[2] Auch diese Absicht der Parteien ist aber keineswegs gleichbedeutend mit der Tendenz des modernen Credits. Der Mangel jenes pactum lag, wie Endemann[3] bemerkt, nicht darin, dass es dem Schuldner nur eine exceptio verschaffen konnte. Mehr als diese hat er, der sich ja im Besitze der Sache befindet, auch nicht nöthig. Vielmehr liegt der Mangel jenes pactum darin, dass es dem Gläubiger für sein non petere eine Vergütung nicht zu schaffen vermochte. Es ist daher immer nur eine neue Eigenschaft, die dem zwischen den Parteien bestehenden obligatorischen Verhältniss hinzugefügt wird.[4] „Das Creditum“, sagt Endemann,[5] fusst wesentlich auf dem Zweck der Berechtigung des Gläubigers, das pactum de non petendo wesentlich auf dem Zweck der Berechtigung des Schuldners. Beide treten einseitig auf, was nicht der Fall sein könnte, wenn sie als Verträge über den Credit mit nothwendig zweiseitigem Character erkannt worden wären.“

Das pactum de mutuo dando endlich zeigt auf den ersten Blick die grösste Aehnlichkeit mit dem modernen Crediteröffnungsvertrage.[6] Der Unterschied springt aber sofort in’s Auge, wenn man bedenkt, dass letzterer ein wirklicher Vertrag ist, während jene Absprache dies Kennzeichen nur in sehr beschränktem Sinne besitzt. Das pactum de mu-

[1]) Die Anerkennung u. s. w. p. 122.

[2]) Bähr a. a. O. p. 125. Der praktische Gebrauch des pactum de non petendo im Gegensatz zur Acceptilation wurde vornehmlich dadurch motivirt, dass ersteres die Möglichkeit gewährte, eine Schuld auch bedingungs- oder zeitweise zu beseitigen.“ Dieselbe Deduction bei Windscheid, Pand. II, p. 319. Nach ihm ist die acceptilatio durch ihren Inhalt von dem pactum de non petendo unterschieden. Uebrigens ist dieser Punkt nicht unbezweifelt. Vg. Rudorff in Puchta, Pandekten § 297 a.

[3]) a. a. O. p. 193.

[4]) Bähr a. a. O. p. 124. „Durch das pactum war nichts in das Vermögen des Debitor übertragen; die alte Obligation bestand ja (ipso jure) noch fort.“

[5]) a. a. O. p. 194.

[6]) S. über die Bedeutung dieses Vertrages pag. 117, Anm. 1 unten.

tuo dando oder allgemeiner de contrahendo kann Vorvertrag genannt werden.[1]) Der Inhalt dieser Absprache war, dass der zukünftige Gläubiger sich verpflichtete, nicht Credit zu gewähren, sondern ein creditum zu verschaffen.[2]) Die Nichtbefolgung einer darauf abzielenden Stipulation[3]) würde den Schuldner schadensersatzpflichtig gemacht, also genöthigt haben die poena zu zahlen, welche in die Stipulation aufgenommen werden konnte. Aus dieser Andeutung erhellt, wie wenig der Credit als selbstständiges Objekt jener Absprache zu Grunde liegt. „Da der Kontrahirung jedes Darlehns", sagt Sintenis,[4]) „eine Verhandlung darüber vorhergehen muss, dass der Eine den Anderen darum anspricht, oder es ihm anbietet, und darauf eine entsprechende Zusage erfolgt, so kann man sagen, dass jedem mutuum ein pactum de mutuo dando vorangehe." Auch Savigny[5]) betont, wie unbestimmt der Gegenstand dieser Uebereinkunft war. Er erkennt sogar dem Gläubiger das Recht zu, die Absprache eigenmächtig zu vereiteln. „Freilich", sagt er, „muss dieser Vertrag, wenn er einen wirklichen Erfolg haben soll, auf eine bestimmte Dauer des Darlehens geschlossen werden; ausserdem kann er, noch vor der Erfüllung, durch augenblickliche Kündigung vereitelt werden."[6])

§ 20. Der moderne Credit.

War das creditum die Eigenschaft einer Handlung, so hat der moderne Credit aufgehört es zu sein. Er ist ein Gut geworden, welches zwar unkörperlich ist, aber trotzdem seine feste, eigene Bedeutung, seinen unverkennbaren Zweck, seinen unbezweifelbaren Werth hat. Der moderne Credit ist etwas Ideelles, wie ja das Recht eine Anzahl von Instituten kennt, welche kein äusserlich wahrnehmbares Zeichen tragen. Man denke an die Verbindlichkeit, die übergehen, an den Anspruch, der entstehen, geändert und aufgehoben werden kann. Man denke an die Lehre von den Sachenrechten, an die unsichtbaren Grunddienstbarkeiten u. s. w. Diese oder dergleichen Sachen oder Rechte sind objecta juris im concreten Sinne des Wortes. Ein solches Object ist der Credit im modernen Verkehr. Er ist nicht mehr, was er früher war, der concomitans einer anderen Rechtshandlung, dieser untergeordnet und von ihr absorbirt. Gerade das Gegentheil davon. Nach modernem Rechtsbewusstsein ist der Credit eine umfassende Idee, welche den ganzen Verkehr beherrscht und

[1]) Thöl, Handelsr. § 62 p. 388, Anm. 1. „Ich möchte das Wort: Vorvertrag für den schwerfälligen Ausdruck pactum de contrahendo, dem man fortwährend begegnet, vorschlagen. Das Wort Vorvertrag bezeichnet das wirkliche Verhältniss, nämlich einen Vertrag vor einem Vertrag, d. h. einen Vertrag dahin geschlossen, dass ein Vertrag geschlossen werden solle, also einen gegenwärtigen Vertrag, welcher einen künftigen Vertrag verspricht."

[2]) Vg. Endemann a. a. O. p. 198.

[3]) l. 68 D. 45. 1.

[4]) Civilrecht II, p. 513 § 108 Anm. 6.

[5]) Obligat. II, p. 346 Anm. 1.

[6]) Vg. noch Windscheid Pand. II p. 361, Anm. 18 und ibid. p. 173 Anm. 1.

diesem seinen eigenartigen Ausdruck giebt. Nach modernem Rechtsbewusstsein ist der Credit ein Typus, welcher, vollkommen selbstständig auftretend, in der Doctrin und in dem Gesetze eine Stelle fordert, welche er sich in der Auffassung des Handels schon lange thatsächlich zu verschaffen gewusst hat. [a])

Die Vorstellung von diesem Begriffe muss mit dessen verändertem Inhalt übereinstimmen. Wie das creditum zeitliche Ueberlassung ist, so ist der moderne Credit: zeitliches Zurverfügungstellen. Der Creditsuchende wünscht nicht, dass ihm fremdes Capital auf eine bestimmte Zeit überlassen werde. Er wünscht nicht, dass ihm in Folge einer solchen Ueberlassung und nach derselben das Recht gewährt werde, über jenes Capital zu verfügen. Er wünscht nicht, dass ein Capitalbesitzer sich bereit finden lasse, diese specielle Vereinbarung mit ihm einzugehen. Dies Alles ist ihm zu wenig. Er will mehr. Er will unmittelbare Verfügbarkeit des fremden Capitals zu seinem Nutzen. Er will in die Möglichkeit versetzt sein, einen Theil des Besitzes eines Anderen so anzusehen, als wäre es sein Eigenthum. Er will damit sein eigenes productives Vermögen erhöht sehen. Er will die Art, wie er das fremde Vermögen zu eigenen Zwecken benutzt, nach eigenem Gutdünken einrichten. Er will in der Wahl der Art, wie er darüber verfügen mag, nicht beschränkt sein. Er will diese Zufügung zu seinem Capital eventuellen Gläubigern zur Befriedigung anweisen können. Er will den Credit, den er hat (diese ihm zugesagte Zurverfügungstellung) nach seinem Gutdünken gegen andere Werthe umtauschen, ihn selbst benutzen, oder von Andern benutzen lassen können. Er will vollkommen freie Bewegung rücksichtlich dieses ihm zur Verfügung gestellten Capitals und mit demselben haben.

Dass diese absolute, gleichsam souveräne Macht über das Eigenthum eines Andern durchaus nicht umsonst zu erhalten ist, liegt wohl auf der Hand. Sie wird bezahlt, wie jeder Dienst im gesellschaftlichen Leben. Um den Charakter dieser Bezahlung zu begreifen, darf man das Wesen des geleisteten Dienstes nicht aus den Augen verlieren. Vor Allem hüte man sich, wo von dem modernen Credit die Rede ist, an das alte mutuum zu denken. Ein ansehnlicher Theil der Irrthümer auf diesem Gebiete ist diesem Missverständniss zuzuschreiben, indem man den ersteren (den Credit) mit Gewalt in den Rahmen des letzteren (des mutuum) hineinzwängen wollte. Die Nationalöconomen gingen in der Lehre des Credits bei dem mutuum in die Lehre. Da aber diese Rechtshandlung, wie man sie drehen oder wenden mochte, ihrer Natur nach von dem modernen Credit verschieden blieb, so that man der Natur des mutuum Gewalt an, um für den modernen Credit die Bahn frei zu machen.

Auf einige Beispiele dieser unserer Ansicht nach ganz verkehrten Auffassung haben wir bereits hingewiesen. Es mag aber von Nutzen sein, noch näher nachzuweisen, wie auch Endemann selbst nicht von dem

[a]) Vergl. unten den Anhang.

Streben frei geblieben ist, eine Vorstellung von dem Credit oder den Handlungen, welchen er zu Grunde liegt, zu geben, mit welcher sich die Rechtslehre nicht befreunden kann. Sein Ausgangspunkt scheint uns, wie bereits bemerkt, völlig richtig. Der Gegensatz zwischen creditum und Credit ist klar nachgewiesen und durchgeführt. Es dauert aber nicht lange, und schon in der mehrfach von uns angeführten Definition werden nationalöconomische Elemente den juristischen Begriffen beigemengt, welche letztere allmählich verdunkeln und geradezu unbrauchbar machen.

Einige Stellen wollen wir zum Beweise anführen.

„Ist der Credit, sagt Endemann,[1]) das selbstständige Gut, als welches ihn die Volkswirthschaft anerkennt, so muss er nicht minder Objekt der Verträge sein können, wie das reelle Capital, dessen Surrogat er darstellt. Anstatt dass früher nach dem römischen Begriff das creditum nur als eine Obligation auf creditirte Leistung gedacht werden konnte, muss es jetzt eine Obligation auf Leistung des Credits geben.

Damit ist freilich nicht gesagt, dass jedes credere nothwendig sich zu der rechtlich greifbaren Gestalt des Credits im objectiven Sinn verkörpern müsse. Das rein subjective Vertrauen, welches als Motiv des Vertragswillens innerlich eine grosse, aber nicht mehr dem Rechtsgebiet angehörige Rolle spielt, wird in tausend Fällen seine Stellung behalten, ohne sich zu jenem Rechtsbegriffe des Credits zu erheben. Allein dies hindert andererseits ebenso wenig, dass betheiligte Personen über den Credit an und für sich als einen selbstständigen, von denjenigen Leistungen, an denen er seine Folgen erproben soll, getrennten Punkt rechtlich contrahiren.“

Mehrmals wird durch diesen geistvollen Schriftsteller auf jene objective, selbstständige Bedeutung des Credits der Nachdruck gelegt. So heisst es weiter:[2])

„Das unkörperliche, also, wenn man will, ideelle Gut, Credit, beschränkt sich aber nicht darauf, der Zweck von Verträgen zu sein; es ist auch der Gegenstand, über den unmittelbar durch Verträge disponirt wird. Wo dies geschieht, liegt ein wahres Creditgeschäft vor. Creditgeschäfte sollte man, seitdem der technische Begriff des Credits sich präcisirt hat, nicht mehr diejenigen nennen, bei denen ein credere im Römischen Sinne vorkommt. Denn das sind alle Obligationen mit aufgeschobener Leistung; und was dieses credere betrifft, würde es keiner näheren Darstellung der Creditgeschäfte mehr bedürfen. Die einfache Hinweisung auf die römischen Lehren würde vollkommen genügen.

„Die Rubrik der Creditgeschäfte wird erst darum nothwendig, weil sich in diesen Namen eine ganz andere Bedeutung drängt. Creditgeschäfte sind diejenigen, welche den Credit als selbstständiges Objekt behandeln.“

Man sieht, die hier vertheidigte Theorie ist deutlich genug. Wo es aber auf Zusammenfassung des Gesagten ankommt, lässt das sonst so

[1]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. IV, p. 47.
[2]) a. a. O. p. 48.

scharfe Unterscheidungsvermögen des Schriftstellers ihn im Stiche. Das ist schon ganz klar ersichtlich bei der im Vordergrund stehenden Begriffsbestimmung. Credit ist nach ihm [1]) „die freiwillig eingeräumte Befugniss über fremde Güter gegen das blosse Versprechen des Gegenwerths zu verfügen.“ Dazu wird dann, als fühle er den zu erwartenden Einwurf, eine den Gedanken etwas einschränkende Anmerkung gemacht.[2])

Kein Jurist kann nun gegen diese Definition etwas einwenden, vorausgesetzt, dass er beständig den Sinn vor Augen habe, den der Schriftsteller mit jenen Worten verbindet. „Fremde Güter“ im Sinne von aes alienum ist ein durchaus deutlicher, technischer Begriff. Unglücklicherweise aber weicht er allmählich von diesem Standpunkt ab, um, wie es scheint, dem nationalöconomischen Begriff: Werth die Ausdrücke zur Darstellung des erhaltenen juristischen Resultats zu entlehnen. In seinem Handbuche[3]) sagt Endemann: „Credit ist mithin der leiheweise Gebrauch fremder Werthe“ und etwas später:[4]) „Der Credit setzt voraus, dass sich Werthe in der Benutzung dessen befinden, dem sie nicht gehören.“ Dem wird dann wieder eine einschränkende Anmerkung beigefügt.[5]) Eine Berufung auf die Regel: nummi accipientis fiunt, schliesst das Ganze auf recht sonderbare Weise. [a])

Gegen eine Auffassung, wie sie hier sich aus dem Zusammenhange deutlich ergibt, muss unserer Ansicht nach nachdrücklichst gewarnt

[1]) a. a. O. p. 44.

[2]) a. a. O. p. 45, Anm. 49. „An einzelne Worte lege ich den juristischen Massstab natürlich nicht an. Der Ausdruck: über fremde Werthe zu verfügen, könnte z. B. grosse juristische Bedenken erregen. Ich nehme mit der Definition vorläufig an, dass, wenn Jemand unbezahlte Waaren oder schuldige Darlehenscapitalien in Händen hat, er fremde Güter besitzt, trotz des juristischen Eigenthumsübergangs.“

[3]) Das deutsche Handelsr. 2. Ausg. p. 439.

[4]) a. a. O. p. 440.

[5]) a. a. O. p. 440, Anm. 9. „Ich brauche absichtlich diesen Ausdruck. Man kann ihn brauchen auch für den Werth, den man obligatorisch gebunden ist herauszugeben.“

[a]) In der in diesem Jahre (1882) erscheinenden neuen Auflage des Endemann'schen Handbuchs ist der Artikel Credit (§ 229—234 incl.) von Prof. Dr. Georg Cohn in Heidelberg (mit sorgfältigster Benutzung der Literatur) bearbeitet. Hier wird zwischen dem Credit im weitesten, im weiten, im engen und im engsten Sinne unterschieden, und danach, unter Trennung des Standpunktes des Creditgebers und des Creditnehmers, eine achtfache Definition gegeben. Das ist im Grunde ein Verzicht auf eine einheitliche Definition des Begriffes, wie dies auch von Cohn mit den Worten ausgesprochen wird (a. a. O. § 229): „eine Generalformel für den Credit kann es überhaupt nicht geben.“

Soll die Folgerung aus der Thatsache abgeleitet werden, dass „der Sprachgebrauch des täglichen Lebens und auch der Gesetze das Wort Credit in einem mehrfach verschiedenen Sinne anwendet“, so scheint sie mir nicht schlüssig; dass aber, was als zweiter Grund angeführt wird, der „Creditbegriff nicht zu allen Zeiten derselbe gewesen“ würde nicht hindern, den heutigen Creditbegriff einheitlich festzustellen.

Soweit dagegen die durchdachte Cohn'sche Arbeit die verschiedenen Bedeutungen des Wortes Credit im Sprachgebrauche aufhellt und erschöpfend darstellt, kann sie nur als entschieden verdienstlich und förderlich bezeichnet werden.

werden, will man nicht Gefahr laufen, dass eine der fundamentalen Unterscheidungen der Rechtslehre auf lockere Schrauben gestellt werde. Von Zweien Eines. Entweder der öconomische Begriff des Werthes ist untrennbar mit der juristischen Sache verbunden, in diesem Falle dient er hier nur dazu, um Verwirrung zu stiften. Oder jene Idee des Werthes wird gebraucht, um zu zeigen, dass das Eigenthum der Sache auf den Schuldner übergeht, das des Werthes aber bei dem Gläubiger bleibt. Und dann sagt unser Schriftsteller ganz dasselbe, als Salmasius lehrte — nur mit ein bischen andern Worten. Natürlich passt dann die Widerlegung durch Pothier auch auf den Ersteren.[1])

Wir glauben auch vor der Selbsttäuschung warnen zu müssen, welche sich aus der Zufügung in den Anmerkungen ergibt. Wenn der moderne Credit wirklich voraussetzt, dass ein Werth, (ein Gegenstand) sich im Besitze Desjenigen befindet, dem er nicht gehört, so hat zwischen dem Werth, (dem Gegenstand) und Demjenigen, dem er wirklich gehört, ein Eigenthumsverhältniss zu bestehen nicht aufgehört. Man kann es für gut finden, sich in allerlei Schlupfwinkel zurückzuziehen, aber diese (rechtlich) unhaltbare Consequenz kann man nicht aus der Welt schaffen.[2])

[1]) Auf diese Verwandtschaft zwischen Endemann und Salmasius verweist auch Roesler in seiner bereits angeführten Abhandlung (Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XII, p. 401 Anm. *). Es freut uns in Letzterem, ungeachtet abweichender Deduction, was die Hauptsache betrifft, einen Bundesgenossen sehen zu können. Die Selbstständigkeit des Credits, als Objects von Verpflichtungen und als Vermögensbestandtheils stellt auch er in den Vordergrund. Er nennt den Credit mit einem glücklich gewählten Ausdruck eine „Selbsterweiterung des Capitals“ p. 364. Mit seiner nachfolgenden Auffassung des Begriffes können wir uns weniger einverstanden erklären. „Der Credit ist also nicht, wie man gewöhnlich annimmt, Etwas, das vom Gläubiger auf den Schuldner übergeht, sondern er befindet sich in dem Vermögen des Letzteren und wird von diesem in mannichfaltigen Formen auf Andere übertragen.“ (p. 363) Hierin scheint uns etwas Gezwungenes zu liegen, welches die richtige Würdigung der Sache eher erschwert als erleichtert. Wer Credit sucht, will eine Zufügung zu seinem Vermögen. Um diese zu erhalten, muss das zu Gebende in das Vermögen des Creditsuchenden gleichsam in latentem Zustande kommen. Dies scheint uns das Element der Selbsterweiterung zu sein, deren das Capital fähig ist. Nimmt man an, er könne sein Ziel vollkommen erreichen, dadurch, dass er von seinem Capital etwas hingibt, so ist das völlig richtig, aber das Letztere ist die Gegenleistung. Die Leistung dagegen ist der Credit, der thatsächlich dem Schuldner zuerkannt werden, also auf ihn übertragen werden muss.

[2]) Die hier bestrittene Theorie wird denn auch von competenter Seite einstimmig abgewiesen. In der Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. VIII, p. 648 sagt Laband: „Wir überlassen es den Nationalöconomen, ihre volkswirthschaftliche Richtigkeit zu prüfen, wir bezweifeln dieselbe nicht, die Volkswirthschaft hat es in der That mit Werthen, gleichviel in welcher körperlich sinnlichen Form sie hervortreten, zu thun. Die Jurisprudenz dagegen kann unmöglich den Werth als Rechtsobjekt anerkennen; für sie ist der Werth kein Ding, sondern nur ein Urtheil über das Verhältniss eines Rechtsobjekts zu einem andern, insbesondere zum Gelde, als dem allgemeinen Werthmesser.“ Auf ähnliche Weise drückt sich Goldschmidt in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. IX, p. 71 aus:

„Endemann operirt mit einem nicht juristischen, sondern mit einem rein wirthschaftlichen Begriff: eine Verfügung über den Werth kann juristisch in den verschiedensten Geschäften, obligatorischen, wie dinglichen, stattfinden. Es ist aber in juristischen Erörterungen nicht gestattet, an Stelle fester juristischer

Es ist aber keineswegs nöthig, jenem Schriftsteller in der Construction des Rechtsbegriffes des Credits zu folgen. Im Gegentheil, gerade er lädt sich unnöthiger Weise allerlei Schwierigkeiten auf den Hals, welche er mit einiger Vorsicht hätte vermeiden können. Da er es ist, welcher nachgewiesen hat, wie der Credit sich aus dem mutuum entwickelte, so hätte er eine schärfere Demarcationslinie zwischen diesen beiden Begriffen ziehen können, ohne der Nationalöconomie ihre dem Juristen gefährliche Terminologie zu entlehnen. Eigenthumsübertragung ist eine Rechtshandlung, welche der ein mutuum Gebende mit dem Credit Gewährenden gemein hat. Darum aber fallen diese beiden Begriffe noch nicht zusammen. Sie sind genetisch verschieden und bleiben es auch, was ihren Inhalt betrifft. Es besteht also kein Grund, zur Erklärung des Credits von einem „leiheweisen Gebrauch" zu sprechen. Das alte mutuum hat den Grundstoff zu dem modernen Credit geliefert, wie — es sei dies vertraute Bild erlaubt — die Raupe zum Schmetterling. Soll man darum, wenn von einem Schmetterling die Rede ist, immer verpflichtet sein, auf die Raupe zurückzugehen?

§ 21. Umfang des modernen Credits.

Wenn, was wir nachgewiesen zu haben glauben, Credit zeitliche Zurverfügungstellung ist, so kann die Frage, wenn eine Credithandlung vorhanden, keine Schwierigkeiten mehr machen. Wir möchten sie daher dahin lösen, dass eine solche Handlung allein dann vorhanden ist, wenn, in welcher Form auch immer, ein zeitlicher Eigenthumsübergang des zur Verfügung gestellten Capitals in der Absicht der Parteien liegt. Dabei können wir daran erinnern, dass dasselbe Kennzeichen bereits von nationalöconomischer Seite in den Vordergrund gestellt worden ist,[1] [a]) und es ist uns angenehm, wenn auch auf anderem Wege, zu gleichem Resultat gekommen zu sein. Jeder also, der sein Eigenthum zur Erhöhung des productiven Vermögens eines Andern zur Verfügung stellt, d. h. der einen Theil seines Vermögens einem Andern gibt oder lässt, gewährt Credit. Dabei aber darf eine sehr wichtige Regel nicht aus den Augen gelassen werden. Wie der Credit eine Schöpfung des Handels ist, so ist und bleibt diese Idee Eigenthum des letzteren, und nur des letzteren. Derselbe Gedanke kann auch anders ausgedrückt werden. In dem Stadium, worin sich die römische Gesellschaft befand, war das mutuum die Grundform des creditum. Diesem Rechtsverhältnisse waren, wie wir gesehen haben, die übrigen gleichartigen untergeordnet. Bei dem Stande unserer heutigen Gesellschaft aber, mit ihren weit auseinander gehenden Formen

Begriffe die auf einer durchaus andern Grundlage beruhenden und eben darum elastischeren wirthschaftlichen zu setzen. Wer im Gebiete unserer Wissenschaft die an sich nur förderliche Verwerthung wirthschaftlicher Begriffe versucht, wird dieser Verschiedenheit stets eingedenk sein müssen, wenn er nicht Gefahr laufen will, den Rechtsbau, statt zu erweitern, zu zerstören."

[1]) Vg. § 12 in fine oben; [a]) vgl. dagegen Knies, Geld und Credit II, 1 pag. 21.

und Hülfsmitteln der Production, ist das mutuum zu schwach, um als Typus dienen zu können. Ihre Stelle ist von einem andern Vertrage eingenommen, welchem der Credit zu Grunde liegt. Als Typus eines solchen kann der Crediteröffnungsvertrag dienen.[1] [a]) So finden wir denn

[1]) Bereits oben (pag. 63) haben wir von dessen Gegensatz zu seinem römischrechtlichen Vorgänger gesprochen. Der Schöpfung des hier gemeinten Rechtsinstituts, der Uebereinkunft über die Eröffnung eines Credits, wird in Doctrin und Rechtssprechung immer mehr und mehr der Platz eingeräumt, der ihr zukommt. Ihr Verhältniss und zugleich ihr characterischer Unterschied, zu dem pactum de mutuo dando und der stipulatio de credendo ist: dass der (zukünftige) Geldgeber zur Auszahlung, der (zukünftige) Geldempfänger zur Annahme verpflichtet ist und Beide dazu gezwungen werden können. Dies entgeht Seuffert, Prakt Pandektenr. II p. 209 Anm. 1 nicht: „Nach heutigem Rechte, kann geradezu Auszahlung des Darlehens gefordert und darauf erkannt werden.“ Er lässt aber die Ursache unbestimmt.

Mit dem modernen Crediteröffnungsvertrag ist noch eine sehr wichtige Rechtsfolge verbunden. Wird er nämlich selbst für unbestimmte Zeit eingegangen, so sind wir der Ansicht, dass er durch einseitige Kündigung seitens eines der Contrahenten nicht aufgehoben werden kann. Hinsichtlich des pactum de mutuo dando haben wir oben die entgegenstehende Ansicht von Savigny mitgetheilt (p. 63). Im ersteren Falle würde die einfache Folge sein, dass die Parteien zur Credit-Gewährung und -Annahme auf unbestimmte Zeit verpflichtet wären. Ebenso wäre es, wenn bei dem Crediteröffnungsvertrage von gar keinem Betrage die Rede wäre. Sein Objekt würde dann alsdann die Verschaffung unlimitirten Credits sein. Da nun aber „unlimitirter Credit“ ein sehr bestimmtes Objekt ist, so ist die Voraussetzung für einen gültigen Vertrag (bestimmtes Objekt) auch hier vorhanden. Anders aber bei dem pactum de mutuo dando. Hier würde gelten, was von Puchta gelehrt wird in den Vorlesungen II, p. 77; „diese Obligatio muss auch den allgemeinen Erfordernissen entsprechen, sie darf z. B. nicht einen völlig unbestimmten Gegenstand haben, so ist z. B. ein pactum de mutuo dando ohne irgendwie bestimmte Summe ganz ungültig.“

Bei der juristischen Construction aus dem pactum de mutuo dando muss man also auf der Hut sein, und nicht aus dem Auge verlieren, welche Umkehr der moderne, scheinbar analoge Begriff durchgemacht hat. Letzterer würde seinen Weg weit gemächlicher gefunden haben, wenn man nur vor Allem die Idee des mutuum und was dem ähnelt, hätte fahren lassen. Davon aber scheint sich die deutsche Jurisprudenz, die ja allerdings beständig mit dem römischen Rechte zu rechnen hat, nicht freimachen zu können. Um so merkwürdiger ist es, wie sich der Creditbegriff, trotz den engen römischrechtlichen Fesseln und Beschränkungen, Bahn zu brechen versucht hat. Man behielt eben einfach den Namen: mutuum bei, ging aber von dessen Idee ab. Ueberblicken wir in einigen Beispielen den Gang dieser Entwicklung:

In einem Urtheil des Oberapellationsger. zu Dresden vom 30. Dec. 1847. (Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten 2, No. 165) wird hinsichtlich eines Crediteröffnungsvertrages entschieden: „Es begründet dasselbe ein wahres Rechtsverhältniss und erzwingbare Verbindlichkeiten beider Contrahenten, und zwar, soviel die Verbindlichkeit des künftigen Schuldners anlangt, nicht etwa blos auf eine Leistung des id quod interest, sondern vielmehr zu Annahme des Darlehenscapitals selbst, weil eben durch den Hinzutritt des Interesses auf Seiten des Klägers dasselbe berechtigt wird, die Realisirung des ganzen Vertrags zu verlangen.“

Ueber einen gleichartigen Vertrag mit Verpflichtung des Schuldners zu hypothecarischer Deckung entschied derselbe Gerichtshof durch Urtheil vom 26 Oct. 1850 (Seuffert's Archiv 4 No. 32) „Das Rechtsgeschäft ist auch nach der Ansicht des Oberapellationsgerichts als ein zweiseitiger Vertrag, nicht als ein einseitiges Versprechen zu betrachten. Beide Theile erlangen Rechte und Verbindlichkeiten.“

die merkwürdige Erscheinung, dass das früher Alles beherrschende mutuum jetzt eine der schwächsten Formen der Capitalshingabe ist, im Handel ungebräuchlich, für den Handel unbrauchbar. Die Folge des Einen und des Andern ist, dass: das civilrechtliche mutuum kein Credit ist, und der handelsrechtliche Credit kein mutuum, wiewohl sie Beide den Eigenthumsübergang gemein haben.

Hierdurch wird es, worauf im Vorbeigehen aufmerksam gemacht werden mag, klar, wieso Delamarre und le Poitvin sowohl, als auch Massé in der oben (§ 9) mitgetheilten Polemik Jeder für sich Recht hat, Alle zusammen aber Unrecht haben. Dass sie sich nicht einigen können, und nur in einem circulus vitiosus sich drehen, ist die Folge davon, dass es Jeder von ihnen versäumt hat, sich von dem genetischen Unterschied zwischen civilrechtlicher Geldleihe und handelsrechtlichem Credit Rechenschaft zu geben. Wenn Delamarre und Le Poitvin entrüstet ausrufen (Traité de dr. Comm. a. a. O. III p. 451): On voit chaque jour des circulaires intitulées: „Maison de commerce et de banque“; on n'en voit point, qui portent: „maison de commerce et de prêts“, so ist diese Bemerkung vollkommen richtig. Doch hat sie nur den Fehler, nicht begründet zu sein. Wenn dieselben Schriftsteller zu demselben Zweck, sich auf Montesquieu und Troplong berufen,[1]) so steht ihnen die Wahrheit ebenso wie Letzteren nur dunkel vor Augen. Daher können sie treffende Waffen Letzteren nicht entlehnen.

In der That, und hiermit sind wir zu unserm Gegenstand zurückgekehrt, jeder Kaufmann, nicht der Banquier allein, gibt oder nimmt

Das Oberappellationsgericht zu Wiesbaden spricht in einem Urtheil vom 8. März 1853 (Seuffert's Archiv 10, No. 37) die Ansicht aus: „dass die Verabredung über ein zu gebendes bestimmtes Darlehen (pactum de mutuo dando) nach den über sg. pacta nuda heutzutage geltenden Grundsätzen eine gültige Klage auf Auszahlung oder Annahme begründe.“

In einem merkwürdigen Falle endlich erging ein Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Jena vom 11 Juli 1857 (Seuffert's Archiv 13, No. 138). A stellt gegen B eine Forderung ex mutuo an auf den Betrag von 500. B entgegnet: Du hast mir einen Credit von 6000 versprochen, aber Deine Zusage nicht gehalten. Du hast daher nicht nur Nichts zu fordern, sondern noch zu zahlen. Diese Compensationseinrede wird verworfen, weil diese Forderung auf 6000 gar nicht ein zu dem Vermögen des Beklagten gehöriges wirkliches Activum bildet, sondern nur auf Contrahirung eines Darlehens aus dem Vermögen der Kläger gerichtet ist, wonach diese zwar die Darlehenssumme an den Beklagten auszuzahlen haben, sodann aber wieder als Gläubiger und Forderungsberechtigte ihm gegenüberstehen.“

Mit vollem Recht bemerkt Seuffert hierzu: „Geht man davon aus, dass nach heutigem Rechte aus einem pactum de mutuo dando auf wirkliche Auszahlung des Darlehens geklagt werden könne, so wird man auch die Geltendmachung des darauf gerichteten Anspruchs im Wege der Compensationseinrede für statthaft erachten müssen.“

[a]) cf. OAG. Rostock v. 16. März 1868 (eod. XXII No. 121), Oberhofger. Mannheim v. 14. Febr. 1871 (eod. XXVII No. 11).

[1]) a. a. O. p. 452: „Les banquiers, dit Montesquieu, sont fait pour changer de l'argent et non pour en prêter. Voici en quels termes M. Troplong énonce la même vérité: „Un banquier, à proprement parler, ne prête pas, il achête pour revendre ou spéculer.“

Credit in Geld oder Gut in grösserem oder geringerem Maasse.[1]) Zu leihen (civilrechtlich Darlehen geben oder nehmen) pflegt er als solcher nicht, oder doch nur sehr ausnahmsweise. Die Handlung auf Credit kann allerlei Formen, darunter sehr complicirte annehmen, wie dies z. B. der Wechsel u. A. m. zeigen. Der Grundgedanke ist und bleibt aber einfach der: Das Capital von A kommt in die Hände des B oder ist darin, um von ihm als Eigenthümer eine zeitlang benutzt und dann in genere zurückgegeben zu werden. Dass der Aufschub der Zahlung z. B. eines Kaufpreises dies Kennzeichen zeigt, liegt auf der Hand. In diesem Falle wird dem Käufer expresse gelassen, was er wirklich hätte leisten müssen. Aber es kann sogar geschehen, dass die Gewährung des Credits ex rebus et factis abgeleitet werden muss, z. B. wenn eine à contant verkaufte Waare vor der Zahlung geliefert wird. „Denn auch in diesem Falle, sagt Brinkmann,[2]) wurde dem Käufer das persönliche Vertrauen geschenkt, dass er eine Zahlungsverbindlichkeit erfülle, und lediglich hierin besteht der Begriff des Creditirens, welcher bei den allgemeinen Worten der Gesetze nicht einzuschränken ist.“

Haben wir nun also das Wesen und den Umfang des Credits kennen gelernt, so ist es am Platze, auch die Vergütung zu betrachten, die dafür gegeben wird. Nahe verwandt mit dieser Vergütung ist der eigentliche Zins.[3]) Es besteht vielleicht keine Materie, die, auf dem Gebiete der Gesetzgebung und der Wissenschaft mehr von der heillosen Macht der Vorurtheile zu leiden hatte und hat, als die Lehre vom Zinsnehmen. Der Standpunkt, auf dem die kanonische Rechtsauffassung stand, ist glücklicherweise heutzutage, wie man erwarten darf, so gut wie verlassen.[4]) Wo die Wissenschaft sich frei und ungehindert bewegen, wo

[1]) Völlig richtig ist die Bemerkung, dass je nachdem die Creditformen zunehmen, und in den Bereich des Kaufmanns gebracht werden, gerade das geschieht, was man nicht erwarten sollte, nämlich, dass der Handel à contant an Ausbreitung gewinnt. Auch hier übt die Theilung der Arbeit ihren heilsamen Einfluss aus. Cohn a. a. O. p. 600 schildert diesen natürlichen Vorgang folgendermassen: „Der Käufer, der Credit braucht, geht an die Bank und dann erst zum Waarenhändler. Er tritt mit der Bank in regelmässige laufende Rechnung, welche bis zu einer gewissen Höhe der Belastung ihm täglich offen steht. Der Creditwürdige wird in diesem Verhältniss umsomehr Vertrauen geniessen, als seine Rechnung dem Creditgeber Gelegenheit bietet, den Umfang und die Art seiner Geschäfte zu überwachen. Nur der Creditunwürdige wird diesen Einblick scheuen.

Der hierdurch gewährte Credit lässt den Käufer stets mit Baarem auf den Markt treten; ihm steht Tag, Preis, Verkäufer, Qualität der Waare, zur freien Auswahl, jeder Augenblick ist sein. Den Wünschen des Verkäufers ist hiermit entsprechend gewillfahrt; er hat sein Capital stets flott, er hat einen leichteren Verkehr mit den Käufern, der ganze Handel muss an Ehrlichkeit und Offenheit gewinnen.“

[2]) Handelsr. p. 323.

[3]) Siehe oben § 18.

[4]) In der „Revision unseres Handelsgesetzbuchs“ p. 42 haben wir versucht, die Ziele der kanonischen Rechtslehre in kurzen Zügen nachzuweisen. Wer mit der Rechtsanschauung jener Periode noch mehr bekannt werden will, mag auf die interessante Abhandlung von Endemann verwiesen sein, betitelt: Die nationalöconomischen Grundsätze der kanonistischen Lehre. Jena 1863. In dieser

sie sich dem Einflusse der kirchlichen Dogmatik entziehen konnte, hat sie die Ueberzeugung festen Fuss fassen lassen, dass der productiven Kraft des Capitals keinerlei Hinderniss in den Weg gelegt werden darf. Ein für alle Mal haben in Deutschland die gesetzlichen Beschränkungen des Zinsfusses der Idee Platz gemacht, dass die Parteien in dieser Hinsicht unbeschränkt in ihren Abmachungen sind.[1] [a]) Ganz ungehindert aber sind sie darum noch nicht. Man sieht es den meisten Gesetzgebungen an, dass sie nur zögernd die Zuchtruthe der Verbotsbestimmungen aus der Hand geben. Wo es irgend möglich ist, wird ein Hinterthürchen offen gelassen, das es dem Schuldner ermöglichen soll, sich der Erfüllung seiner Verpflichtung zu entziehen. (Kündigungsrecht des Schuldners, wenn er sich über eine bestimmte Höhe des Zinsfusses verpflichtet hat; Aufrechterhaltung der Bestimmungen über Anatocismus).

Schrift wird Stück für Stück der ganze Bau gezeigt, welcher von einer Menge von Eiferern im Dienste der Kirche aufgeführt worden ist. Der Eindruck, den die ganze Schilderung hinterlässt, ist der der Entmuthigung, dass, meist ganz guten Glaubens, eine solche Menge Arbeit und Denkkraft auf eine sophistische Beweisführung verwandt worden ist, welche, besser angewendet, zum Nutzen der Menschheit hätte dienen können. Aeusserst lesenswerth namentlich ist die Betrachtung, worin Endemann seine Resultate nachweist und zusammenfasst. Sie trägt einen etwas psychologischen Charakter behufs Würdigung des ganzeu Zeitabschnitts, welcher das römische Rechtsleben, von dem Rechtsbewusstsein der modernen Gesellschaft scheidet. Nachdem er nachgewiesen hat, dass das Verbot des Zinsnehmens (mutuum date, nihil inde sperantes) nur ein Symptom, keineswegs aber das Wesen jener kränklichen Lehre ausmache, definirt er die letztere als: „Umkehr zur Naturalwirthschaft und zur Gütergemeinschaft.“ (p. 194) Es könne also nicht Wunder nehmen, dass der wissenschaftliche Werth jener Periode für die Entwicklung der Rechtsbegriffe gleich Null sei. „Zwischen die römische Zeit — so wird gesagt — die man im Ganzen als Geldwirthschaft bezeichnen mag, und die Gegenwart, welche dieselbe durch eine noch feinere Erkenntniss und Benutzung der Werthe weit überflügelt hat, schiebt sich als geschichtliches Mittelglied das canonische Zeitalter, dessen Charakter wir als Rückgriff zur Naturalwirthschaft erkennen müssen, und das nur so weit den Namen dieser Geldwirthschaft verdient, als das römische Wesen auch Anspruch auf den Namen der Creditwirthschaft haben würde.“ (p. 195).

Eine Uebersicht der namhaftesten volkswirthschaftlichen Richtungen im Mittelalter ist zu finden bei C o n t z e n: Geschichte der volkswirthschaftlichen Literatur im Mittelalter. Leipzig 1869. Das Verbot des Zinsnehmens insbesondere bespricht dieser Schriftsteller a. a. O. p. 30.

[1]) Siehe den Stand der Wuchergesetzgebung in Deutschland in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. VIII, p. 219 ff. Ibid. XII, Beilageheft p. 199 ff, worin aufgenommen ist das Gesetz v. 14. Nov. 1867 gültig für den norddeutschen Bund; vom 5. Dec. 1867 für Baiern; vom 18. April 1867 für Braunschweig und vom 14. Juni 1868 für Oesterreich. In der Zeitschr. f. d. gs. Handelsr. XIII, p. 223 u. 224 stehen die Gesetze vom 4. Aug. 1868 für d. Grossh. Hessen und vom 7. Juni 1867 f. Sachsen-Meiningen.

[a]) Vergl. jedoch jetzt für Deutschland das Gesetz vom 24. Mai 1880 betreffend den Wucher (R G.Bl. 1880 p. 109 ff) worin als „wucherliche Vermögensvortheile“ solche verboten sind, welche den „ü b l i c h e n Z i n s f u s s dergestalt überschreiten, dass nach den Umständen des Falles die Vermögensvortheile in a u f f ä l l i g e m Missverhältnisse zu der Leistung stehen;“ u. für Oesterreich das Gesetz betr. Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Creditgeschäften vom 19. Juli 1877. (R.-G.-Bl. 1877 No. 66.) gültig gewesen für Galizien, Lodomerien, Krakau und der Bucowina, welches jetzt ersetzt ist durch das den nämlichen Titel tragende, für ganz Oesterreich gültige Gesetz vom 28. Mai 1881 (R.-G.Bl. Stück XXI ausgegeben am 31. Mai 1881.)

Dieses Zaudern des Gesetzgebers ist nicht verwunderlich, da die wissenschaftliche Behandlung des Gegenstandes ebenso schwankend ist. Einen merkwürdigen Beitrag hierzu liefern zwei anlässlich der sg. Wucher-Frage bei dem deutschen Juristentag abgegebene Gutachten. Die beiden Fragen lauteten: Sollen die Wuchergesetze aufgehoben werden, und soll die Beschränkung des Zinsfusses ausschliesslich der Uebereinkunft der Parteien überlassen werden? Zweierlei Gutachten wurden abgegeben. Dr. Goldschmidt einerseits beantwortete die erste Frage nicht ohne Vorbehalt bejahend, die zweite aber durchaus bejahend. Nach ihm sollen „mit der principiellen Beseitigung der Zinstaxe gewisse Beschränkungen, wenn auch nur vorübergehend“ Hand in Hand gehen[1]). Das Gutachten von Dr. Schaffrath dagegen bejaht einfach beide Fragen. Merkwürdig ist es aber, wie gleichsam in demselben Athem wieder auf die strenge Consequenz, wozu dies Resultat führen sollte, verzichtet wird. „Zur Noth und im Interesse einer einheitlichen Gesetzgebung“ würde man sich auch einige Beschränkungen gefallen lassen. Im Grunde genommen ist also der Unterschied zwischen ihm und seinem Vorgänger weit kleiner, als es scheint.[2])

Beide Abhandlungen kennzeichnen sich aber durch die wenigstens implicite darin liegende Gleichstellung von Rente und Creditpreis. Gerade darin liegt ein Hauptgrund zur Beschwerde gegen die Behandlungsweise, wenn sie auch ein Resultat liefert, womit wir uns, was die Lehre vom Zinsnehmen betrifft, einverstanden erklären könnten — ein Punkt, der hier ausser Besprechung bleiben kann. Gegen jene Gleichstellung nämlich glauben wir ernstlichen Einspruch erheben zu müssen, ebenso, wie wir vor der Gleichstellung des Credits mit dem mutuum gewarnt haben.[3]) Der Mangel dieser Unterscheidung hatte in der französischen Rechtssprechung die zahllosen Schattirungen zwischen sg. erlaubtem und unerlaubtem Zinsnehmen zur Folge. Man hat im principiellen Interesse vor diesem Irrthum sich zu hüten, mag nun die Bestimmung der eigentlichen Zinstaxe ausschliesslich der Uebereinkunft der Parteien überlassen sein oder nicht.

Dass in den obenerwähnten Gutachten jene unrichtige Gleichstellung sich findet, wenn auch der Creditpreis nicht ausdrücklich und besonders behandelt wird, lässt sich erklären. Was Goldschmidt angeht, so zielt die ganze Anlage seines Aufsatzes ausschliesslich auf das mutuum im strengen technischen Sinne. Er bleibt beständig in dem durch das

[1]) Verhandlungen des sechsten deutschen Juristentags Thl. I (2. Lieferung) p. 227. Dieser durchdachte Aufsatz gibt, ausser einem Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung des Wucherrechts, eine Uebersicht der auf diesem Gebiete in verschiedenen Ländern gemachten Erfahrungen.

[2]) a. a. O. p. 395. Eine Aufzählung der verschiedenen besonderen Fälle, für welche eine gesetzliche Intervention in mehr oder weniger weitem Sinne verlangt wird, ist für unsern Zweck gleichgültig.

[3]) Bemerkenswerth ist, dass das deutsche Reichsgesetz, welches beide, Credit und mutuum, über einen Kamm scheert, in demselben Athem den Unterschied erkennt. Es sagt in § 1: „Die Höhe der Zinsen, sowie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehne und für andere creditirte Forderungen“ u. s. w.

römische Recht bestimmten Gedankengang, und wir wissen bereits, dass die römische Gesellschaft, für welche dieser galt, von der eigentlichen Creditwirthschaft sich nur eine sehr unvollständige Vorstellung machen konnte. Noch schärfer lässt Dr. Schaffrath den Standpunkt erkennen, worauf er sich stellt. „Im Grunde genommen, sagt er, handelt es sich bei der Wucherfrage blos um den Zinsvertrag als Nebenvertrag des Darlehnsvertrages.“[1]) Hiermit wird deutlich gezeigt, welche Richtung die juristische Construction einschlagen soll, aber zugleich, warum diese Richtung für den Creditpreis in concreto völlig unbrauchbar ist.

Wenn ein Unterschied zwischen Creditpreis und Zins über allen Zweifel erhaben ist, so ist es der, dass der Creditpreis nach heutigem Rechtsbewusstsein himmelweit davon entfernt ist, den Character eines Nebenvertrags zu haben. Für das unbezahlte mutuum ist im Handel als solchem kein Platz, wie denn unser ganzer gesellschaftlicher Verkehr auf Tausch von Diensten beruht.[2]) Die Creditgewährung findet also ihr Aequivalent in dem Preise, der dafür bezahlt wird. Dieser Preis deckt nicht die Hingabe des Kapitals, denn die Hingabe des Kapitals ist noch kein Credit. Mit jener Vergütung wird ein Dienst von ganz anderem Character, wohl die Zurverfügungstellung des Kapitals belohnt. Wo die Leistung ungleichartig ist, wird es die Gegenleistung nicht minder sein. Keinenfalls kann plötzlich zusammengeworfen werden, was in Ursprung und Art verschieden ist.

Es däucht uns, dass allein durch diese Erwägung eine Anomalie aufgehellt wird, welche bei der bestehenden Verwirrung zwischen Creditpreis und Rente nicht in Abrede gestellt werden kann. Um die Wette wird gelehrt, dass das Verbot des Anatocismus für den handelsrechtlichen Credit zu bestehen aufgehört habe.[3]) In mehr oder weniger verschiedenen

[1]) a. a. O. p. 399, Anm. *

[2]) Die von uns mitgetheilte Controverse zwischen Savigny und Vangerow (p. 99 oben) scheint uns denn auch für den handelsrechtlichen Credit selbst nicht aufgestellt werden zu können. Bei dem unbezahlten mutuum konnte man von einer Gutmüthigkeit des Gläubigers reden, welcher ihm nach Belieben ein Ende machen kann. Diese Vorstellung passt aber durchaus nicht auf den seiner Natur nach bezahlten Credit. Wenn, was selten der Fall sein wird, die Zeitbestimmung fehlt, so kann die Feststellung des Preises, oder auch der Handelsgebrauch den Massstab für die Absicht der Contrahenten abgeben (z. B. 6°|₀ jährlich u. s. w,).

[3]) Vg. Savigny, pag. 98 Anm. 4 oben. Goldschmidt a. a. O. p. 269: „Dieses (Verbot) ist unzweifelhaft in Deutschland recipirt, bis auf die allgemein anerkannte Verzinslichkeit des kaufmännischen Contocorrentsaldo's.“ Brinkmann Handelsr. p. 114: „Dieses (Verbot) ist jedoch für den Handelsverkehr durch ein allgemeines Gewohnheitsrecht dahin geändert“ u. s. w. Zum Beweise, dass diese Idee auch in der Rechtssprechung Fuss gefasst hat, mögen folgende Rechtssprüche dienen:

Seuffert's Archiv II, No. 149: „Eine Anerkennung der Statthaftigkeit einer solchen Gewohnheit und der grossen Verbreitung derselben findet sich in einem Erkenntniss des Oberappellger. zu München vom 12. Mai 1843. Unter Bezugnahme auf Erkenntnisse in Frankfurter Rechtssachen wird von Souchay bezeugt, dass nach einer entschiedenen Praxis von dem Saldo eines kaufmännischen Contocorrents, worin Zinsen begriffen sind, abermals Zinsen berechnet werden.“

Ausdrücken schreibt man die stillschweigende Aufhebung des alten Verbotes einer allgemeinen Handelsgewohnheit zu. An der Existenz dieser Usance zweifeln wir nicht. [a]) Die Frage ist aber, ob dieser constante Gebrauch selbst nicht der Ausfluss des Bewusstseins ist, dass der Creditpreis, wenn auch parallel mit der Verzinsung laufend, davon doch durchaus verschieden ist.[1]) Ist diese Bemerkung richtig, so besteht kein Grund, warum per fas et nefas der alte Sprachgebrauch beibehalten werden muss. In diesem Falle darf die Doctrin nicht an dem von der Praxis verlassenen Begriff: Zins festhalten. Sie kann vielmehr, anstatt besondere Ausnahmen für den Handel zu suchen, diese Ausnahmen selbst zur Rechtsregel erheben. Wo keine Rede von Zins ist, kann natürlich an Zinseszins nicht gedacht werden. Wo handelsrechtlicher Credit gegeben ist, fällt also jeder Gedanke an Anatocismus, nicht weil der Handel für diese Art Zins es für gut findet, sondern weil das Gebiet, worauf sich der Handel bewegt, mit Zins nichts zu schaffen hat.[2])

Urtheil des Oberappellger. Cassel 1845 (Seuff. Arch. VII, No. 290).

„Das gemeinrechtliche Verbot des Anatocismus kann unter bestimmten Voraussetzungen, wie namentlich unter Kaufleuten, die in gegenseitigen Geschäftsverbindungen und in laufender Rechnung mit einander stehen, auf dem Wege des Gewohnheitsrechts allerdings ausser Anwendung gesetzt werden.“

Urtheil des Oberappellger. München 1853. (Seuff. Archiv eodem).

„In der deutschen Praxis wird von dem römischen Verbote des Anatocismus nach richterlichem Ermessen Umgang genommen; der eigenthümliche Geldverkehr mit einem creditgebenden Banquier ist aber ein Verhältniss, welches diese Abweichung von den gemeinrechtlichen Zinsbeschränkungen rechtfertigt.“

Urtheil des Oberappellger. zu Lübeck 1855. (Seuff. Arch. X, No. 207).

„Nur insofern Kaufleute mit einander in Conto-courant-Berechnung stehen, ist eine Ausnahme (von dem absoluten Verbote der usurae usurarum) zu statuiren.“

Urtheil des Oberappellger. Jena 1861. (Seuff. Arch. XVI, No. 204).

„Die Rechnungsabschlüsse, wodurch die rückständigen Zinsen zum verzinslichen Capital geschlagen werden, können nicht blos jährlich, sondern selbst in kürzeren Zeiträumen vorgenommen werden.“

Urtheil des Oberappellger. Rostock 1861. (Seuff. Arch. XVIII, No. 218).

„Die kaufmännische Usance, nach welcher gegen das gemeinrechtliche Verbot der Zinsen von Zinsen die im Saldo mitenthaltenen Zinsen wieder verzinst werden, setzt eine fortdauernde Geschäftsverbindung und ein dadurch begründetes gegenseitiges Creditverhältniss voraus.“ [a]) cf. Art. 291 des A. D. H. G. B.

Urtheil des Oberappellger. Dresden 1862. (Seuff. Arch. XVI, No. 19).

„In kaufmännischen Contocorrentverhältnissen können vom vorgetragenen Saldo in seinem vollen Umfange und ohne Unterschied, ob darunter Zinsen begriffen oder nicht, Zinsen in Ansatz gebracht werden.“

[1]) Was Roesler a. a. O. p. 350 von Zins im Allgemeinen sagt, möchten wir viel lieber auf den Creditpreis beschränkt sehen: „Das Capital ist nicht ein technischer Betriebsgegenstand, der im sinnlichen Gebrauche steht, sondern es ist Vermögensherrschaft über Arbeit, und aus dieser Herrschaft entspringt der Bezug des Capitalprofits. Der Zins gleicht einer Auflage auf die Arbeit, welche in der öconomischen Dienstbarkeit des Vermögens steht.“

Der Kaufmann tauscht die Zurverfügungstellung eines Theils seines Vermögens gegen einen Preis ein, welcher das productive Vermögen, das ihm fehlt, aufwägen muss.

[2]) Dass der Handel auch bei der Creditgewährung von Zinsen zu sprechen, und Procenteintheilung anzunehmen gewohnt ist, scheint uns völlig gleichgültig.

Soll nun, wenn zwischen Zinsnehmen und Creditvergütung ein essentieller Unterschied besteht, die Rechtswissenschaft verpflichtet sein, unter ihren Rubriken der letzteren eine andere als die bisher eingenommene Stelle anzuweisen? Uns kommt die bejahende Antwort dieser Frage nicht zweifelhaft vor. „Nichts würde hindern, sagt Endemann[1]), wenn man gleich bisher bei Kauf oder Miethe in der Regel an körperliche Sachen oder wenigstens an körperliche Grundlagen dachte, von einem Kauf oder einer Miethe des Credits zu reden. Dann wäre den bestehenden Rubriken der Verträge Genüge geschehen. An sich bleibt das freilich sehr gleichgültig. Der Name thut nichts zur Sache. Das Creditgeschäft besteht, gleichviel ob man es mit diesem, oder mit einem andern, oder, wie bisher, mit vielen Namen nennt."

Diesen Bemerkungen stimmen wir vollkommen bei. Gleichwohl würde die Vorstellung, dass für den Credit ein Kaufpreis bezahlt wird, wenn sie in der Rechtslehre Eingang finden könnte, uns mehr befriedigen."[2]) Dass die Sache nicht durch einen Namen beherrscht wird, zeigt die Geschichte des modernen Credits auf jeder Seite. Mag also sowohl bei dem Credit als bei dem mutuum noch so viel von Zins, Interessen u. A. m. gesprochen werden, so hat der Kaufmann doch stets gezeigt, und zeigt es täglich, dass er die feine Unterscheidung zwischen der ersteren und der letzteren Vergütung durchaus nicht aus dem Auge verliert. Durch mehr oder weniger richtige Benennung kann eine Sache aber an Deutlichkeit gewinnen. In dieser Hinsicht würde mancher Verwirrung gesteuert sein, wenn der Ausdruck: Zins aus der handelsrechtlichen Sprache verbannt wäre.[3])

Auf die Begriffe, nicht auf die Worte kommt es an. Obendrein besteht zwischen Credit und mutuum eine so alte Verwandtschaft, dass es sehr natürlich ist, wenn man den Ausdruck beibehielt, der einmal bereit lag, und eine technische Bedeutung erlangt hatte.

[1]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. IV, p. 246.

[2]) Bei dieser Vorstellung denken wir an id quod plerumque fit. Im Princip ist natürlich, sowohl bei einseitiger als bei gegenseitiger Creditgewährung, ein Vertrag denkbar, wobei keinerlei Preis für den Credit gezahlt wird. Aus diesem Grunde möchten wir Anstand nehmen, einen Satz zu unterschreiben, welcher in einem Urtheil des Amsterdamer Bezirks-Gerichts vom 21. Nov. 1861 (M. v. H. III. 1861 p. 288 Rechtsspr.) vorkommt: „Zinsberechnung oder die darauf gerichtete Absicht ist als ein dem Contocorrent inhärentes Element anzusehen." Inhärent einem Vertrage ist nur Dasjenige, ohne dessen Existenz der Vertrag undenkbar ist.

[3]) Wie sehr Vorsicht gerathen ist, beweist, sonderbar genug, das eigene Beispiel von Endemann a. a. O. p. 56 Anm. 32: „Gerade aus der Natur des Creditpreises, sagt er, ergeben sich die dringendsten Gründe gegen die Beibehaltung fester Zinstaxen. Dagegen fragt es sich weiter, ob nicht bei völliger Zinsfreiheit civilrechtliche Rechtsmittel gegen übermässige Steigerung des Creditpreises beizuhalten sind. Wenn man noch gegen die übermässige Steigerung des Creditpreises für Waaren Abhülfe gewährt (actio quanti minoris etc.) so muss es wohl auch ähnliche Institute neben der stets statthaften exceptio doli, für den Fall geben, dass der Kaufpreis für den Credit übertrieben wird." Da sehen wir zu unserer grossen Ueberraschung die Zinstaxe, der kaum bei dem mutuum die Thüre gewiesen ist, bei dem Credit durch das Fenster der actio quanti minoris

§ 22. Gegenseitige Creditgewährung.

Rau[1]) gibt da, wo er den Einfluss des Credits auf den Geldumlauf bespricht, folgende Definition vom Contocorrent: „Wenn zwei Kaufleute, Fabrikherren u. s. w. in einer auf wechselseitigem Credit beruhenden Geschäftsverbindung stehen, so werden die beiderseitigen Leistungen z. B. Sendungen von Waaren oder Wechseln oder Creditbriefen, nicht sogleich vergütet, sondern einstweilen in den Rechnungen Beider eingetragen. Erst nach einiger Zeit, z. B. Mitte oder Ende des Jahres, wird zusammengerechnet und verglichen, was jeder zu fordern hat (credit und debet), und der Mehrbetrag der Schuldigkeit des Einen wird in Geld bezahlt oder einstweilen als Schuld und Guthaben in die neue Rechnung Beider übertragen. Dieses Abrechnen (Compensiren) bewirkt also eine grosse Ersparung an Umlaufsmitteln.“ Dieser Auffassung kann unserer Ansicht nach die Rechtslehre mit der grössten Ruhe sich anschliessen. Nachdem wir im Vorhergehenden die Bedeutung und das Verhältniss des Credits von juristischem Gesichtspunkte aus zu erklären versucht haben, ist die Erkenntniss des Contocorrents nur eine Anwendung der aufgestellten Principien. Im Laufe dieser Untersuchung hat es sich mehrmals gezeigt, dass Vielen diese Erkenntniss zwecklose Mühe macht.

Es ist die Schuld der von ihnen eingeschlagenen Methode, dass sie, wenigstens nach unserer bescheidenen Ansicht, nicht zum Ziele gelangt sind. Bei der Bestimmung unseres Gegenstandes muss zwischen zwei Systemen nothwendiger Weise gewählt werden. Contocorrent ist entweder ein Mechanismus, oder ein eigener selbstständiger Begriff. Betrachtet ihn der Rechtsgelehrte in ersterem Sinne, so stellt er sich willkürlich ausserhalb der Wirklichkeit. Für keine der im Bewusstsein des Handels mit dem Contocorrent verknüpften Rechtsfolgen ist in diesem Falle eine Erklärung zu finden. Höchstens kann von einem gewissen unbestimmten Gewohnheitsrecht gesprochen werden, welches aber, da die Grundlage fehlt, nur eine unzusammenhängende Erklärung gestattet.[2]) [a])“

wieder hereinschlüpfen. Glücklicherweise ist die Antwort einfach: solche Rechtsmittel müssen überall verschwinden (wie sie denn auch in der That unser Recht nicht kennt). Damit ist dann die ganze Sache in Ordnung.

[1]) Grundsätze der Volkswirthschaftslehre I, p. 66.

[2]) Wie scharf und genau in dieser Hinsicht unterschieden werden muss, geht aus folgender in einem Urtheil des Reichsoberhandelsgerichts vom 27. Juni 1871 (Entscheid. III p. 3 offic. Ausg.) vorkommenden Betrachtung hervor: „Nach der Klage will der Kläger mit dem Beklagten seit mehr als 20 Jahren in laufender Rechnung (Contocorrent)“ gestanden haben. Ob er darunter einen in Folge eines Contocorrentvertrages unterhaltenen Verkehr, also das Contocorrentgeschäft im eigentlichen Sinne, verstanden hat, ist weder aus seinen Angaben, noch aus dem „Rechnungsauszuge“ mit Sicherheit zu ersehen. Möglicherweise hat er nur in Befolgung eines ungenauen Sprachgebrauchs deshalb von einem Contocorrentverkehr gesprochen, weil er seine Lieferungen, Auslagen und Zahlungen, sowie die hierauf vom Beklagten gewährten Leistungen und Erstattungen in „fortlaufender Reihe“ contirt hat.“

Ebenso ein Urtheil des Kammergerichts Berlin v. 2. Dec. 1867: (Busch's Archiv XIV p. 433). „Nicht dadurch, dass der eine Kaufmann nach einander

Es bleibt demnach die zweite Auffassung, die uns die richtige zu sein scheint. Im Contocorrent sehen wir einfach: einen Vertrag gerichtet auf gegenseitige Creditgewährung.[α]) Auch auf diese Begriffsbestimmung aber ist die Regel anwendbar: omnis definitio in jure periculosa. Unzweifelhaft und selbst ohne Mühe könnte sie ausgedehnt werden. Die Verpflichtung der Parteien nach bestimmter Frist mit einander abzurechnen, könnte hinzugefügt werden. Das Recht zur Zahlung mit geschlossener Börse, vulgo Compensation — dieser letzte Rettungsanker mancher Entscheidung in dieser Sache — hätte ausdrücklich erwähnt werden können. Wir glaubten jedoch dies Alles weglassen zu können. Zunächst quia nihil ad edictum. Dann auch, weil, wenn der Begriff feststeht, die Rechtsfolgen sich von selbst ergeben. Endlich,

von dem andern Kaufmann Waaren kauft, entsteht schon ein Contocorrentverhältniss, sondern dazu ist erforderlich, dass die Waaren überhaupt à conto zur Verrechnung gekauft werden, also Debetposten im Conto des Käufers bilden, und dass ebenso seine Zahlungen nicht auf einzelne Posten, sondern à conto desselben überhaupt geleistet werden, so dass erst das Schlusssaldo ergibt, wer von beiden Gläubiger oder Schuldner des Andern ist.“

Durchaus mit Unrecht wird dagegen von einem Urtheil des Bezirksgerichts Amsterdam vom 18. Juni 1868 W No. 3035 das entgegengesetzte Princip angenommen und entschieden, dass man, wenn gar keine andere Handlung zwischen den Parteien stattgefunden habe, dennoch dann eine Contocorrentverbindung zwischen ihnen annehmen müsse, wenn gekaufte Güter zu verschiedenen Zeiten geliefert, und die Zahlungen hintereinander erfolgt seien, je nachdem Waaren geliefert und Wechsel zu haben sind.

Wir vermögen in dieser Entscheidung nur die entschiedenste Verkennung der Art und des Wesens des Contocorrents zu erblicken.

[a]) Die grosse Wichtigkeit einer — dann auch dem Sprachgebrauche die Richtung gebenden — Definition verkannten die meisten Urtheile, welche vor der Creizenach'schen Arbeit (1857) ergangen sind; vergl. aber auch Urtheil des OAG. Dresden vom 29. Sept. 1857 (Goldschmidt's Zeitschr. II p. 437). „Will man dies Anerkenntniss [einer dem Beklagten vorgelegten Abrechnung] verbunden mit der Acceptation des Klägers einen Contocorrentvertrag nennen, weil die Parteien längere Zeit hindurch in kaufmännischer Geschäftsverbindung und laufender Rechnung mit einander gestanden haben, so lässt sich gegen diese Terminologie kein besonderes Bedenken erheben.“ — cf. dagegen u. A. die Urtheile des Reichsoberhandelsgerichts vom 22. Juni 1871 (Entsch. II p. 443), vom 19. Sept. 1871 (III p. 149) und vom 15. Dec. 1873 (XII p 71).

[α]) Ich möchte vorschlagen, die Definition so zu fassen: **„Contocorrent ist ein Vertrag, welcher auf gegenseitige Creditgewährung mit der Massgabe gerichtet ist, dass erst die durch periodischen Rechnungsabschluss zu ermittelnde Differenz zwischen der ganzen Debet- und Credit-Masse feststellen soll, wer Gläubiger und wer Schuldner ist.** — Dass die Parteien nach einem bestimmten Zeitraume mit einander abrechnen wollen, scheint mir aus dem schon von Laband (Goldschm. Zeitschr. Bd. XIX p. 655) angeführten Gründen in die Definition zu gehören, weil in der That ein auf gegenseitige Creditertheilung, aber nicht auf Abrechnung gerichteter Vertrag sehr wohl denkbar ist. — In der oben von mir vorgeschlagenen Definition ist zugleich der ganze Thatbestand der vom deutschen Reichsgerichte (Entsch. des R.G. in Civilsachen offic Ausg. I p. 19,20) gegebenen ungemein ausführlichen Erklärung des Begriffes enthalten. Die Grünhut'sche Definition (a. a. O. p. 490) vermag ich nicht ganz zu adoptiren; ein Saldo muss nicht vorhanden sein; auch bleibt der bestreitbare Satz: „rücksichtlich der während desselben abgeschlossenen Rechtsgeschäfte“ besser weg.

weil die Kürze einer Definition wenigstens das für sich hat, dass die Natur des definirten Gegenstandes unmittelbar in den Vordergrund tritt.

Diesen Kern nun suchen wir in einer gegenseitigen Creditgewährung, welche letztere selbst der Ausfluss eines Vertrages ad hoc ist. Wenn A zu B kommt, und ihm sagt: kann ich für eine Reihe von Angelegenheiten, welche auf Empfang und Ausgabe von Geldern hinauslaufen, auf Deine Hülfe rechnen? und B zustimmend antwortet, so ist zwischen diesen Beiden eine öconomische Verbindung eingegangen. Diese Verbindung heisst juristisch: Contocorrent. In dem Wechsel von Empfang und Ausgabe liegt die Erhöhung des productiven Vermögens eines Jeden, der gegenseitige Charakter des gewährten Credits. Wechselsweise wird nun bald hier, bald da, je nachdem die Rechnung steht, ein Theil des Eigenthums eines Jeden zu gegenseitigem Nutzen zur Verfügung gestellt. Darin liegt der Nutzen. Müsste der Eine immer empfangen, der Andere immer bezahlen, so würde man durchaus nichts Anders als einen Gläubiger und einen Schuldner finden können.

Ob A Kaufmann oder Privatmann und B Banquier ist, oder ob Beide Kaufleute, oder Beide Banquiers sind, ist unsers Dafürhaltens für die Definition völlig gleichgültig. Die besondere Stellung des Contocorrents in der Handelswelt rührt daher, dass diese ein besonderes Interesse am Credit und Bedürfniss danach hat. Wenn zwei Parteien diesen Vertrag eingehen, so schliessen sie ein Handelsgeschäft ab, mag auch nur Einer, oder selbst Keiner von ihnen zum Handelsstand gehören. Wer dem Handel seine Hülfsmittel entlehnt, muss es sich gefallen lassen, nach dessen Mass gemessen zu werden.[1] [a]) Vom Standpunkte unseres Rechts müsste also der Contocorrent auf gleiche Linie mit dem Wechselhandel gestellt werden. (art. 4 al. 2. W. v. K.) Beide sind Formen des handelsrechtlichen Credits. Da in unserm Gesetze die ganze Materie brach liegt, so blieb natürlich auch dieser Punkt unberührt. Glücklicherweise hat die Rechtslehre allein auf die Natur der Sache zu sehen, und hat daher freie Bewegung.

Ebenso gleichgültig für die Definition sind verschiedene andere Umstände, welche in mehr oder weniger weitem Zusammenhang mit dem Contocorrent stehen. Dass die Parteien beabsichtigen, nach einer gewissen Zeit miteinander abzurechnen, liegt in der Natur der Sache. Dazu wählen sie eine Frist von 3 oder 6 Monaten, sehr oft von einem Jahr.

[1]) Endemann Handelsr. p. 697. „Dass dieses Verhältniss nicht blos unter Kaufleuten vorkommt, ist klar. Handelsgeschäft ist es, wenn es im Gewerbsbetrieb liegt, also namentlich „jedoch wieder sicher nicht ausschliesslich, bei dem Banquier." Goldschmidt Handb. I. p. 454 zählt unter den „Banquier- und Geldwechslergeschäften" den Contocorrentvertrag auf; doch fügt er hinzu auf p. 458 Anm. 3: „Jede Schuld ohne Rücksicht auf ihren Ursprung, gilt in Folge der Aufnahme in den Contocorrent als Handelsschuld nach der Praxis des französischen Cassationshofs."

[a]) Der Anfang des Laband'schen Definitionsvorschlages (a. a. O. p. 656): „Der Contocorrentvertrag ist die Uebereinkunft zweier Kaufleute" etc. ist demgemäss zu eng; vgl. auch von neueren Entscheidungen das Urtheil des französ. cour de cassation v. 7. Febr. 1881 (mitgetheilt in Dalloz jurispr. générale a 1881. I. p. 425) u. Anm. a zu p. 88 unten.

Jede Handelsbeziehung muss einmal zum Abschluss gebracht werden, ohne dass deshalb die Parteien genöthigt wären, auseinanderzugehen. Der Schluss der Rechnung weist den Stand des Saldo, mit andern Worten: die Person des Gläubigers oder Schuldners nach. Dieser kann nun zahlen oder nicht. Im ersten Falle endigt er seinen Credit, im letzten setzt er ihn fort.

Eine unmittelbare Folge, aber nicht das Wesen des Contocorrents an sich und als Vertrag angesehen, sind die verschiedenen Handelsoperationen, welche er umfasst, und mittelst des Saldo's zur Einheit bringt. Wenn Parteien einander Credit gewähren, so besteht hierfür offenbar, und wohl für Beide eine Veranlassung. Diese kann keine andere sein, als die, den Credit zur Ausführung der verschiedenen Handlungen zu benutzen, wozu gerade die gegenseitige Hülfe angerufen wird. Aus diesem Grunde aber ist die Nomenclatur dieser Handlungen, welche übrigens immer unvollständig bleiben müsste, bei der Definition überflüssig. Insofern sie die Ursache des Vertrages andeuten sollte, ist, wo dieser definirt werden muss, jene Andeutung nicht am Platze. Insofern sie dagegen die Folge des Vertrages darstellen soll, würde dadurch die Aufmerksamkeit von diesem abgezogen.

Dieses Letztere hat noch eine andere sachliche Schwierigkeit. Der Contocorrent kommt sehr oft zwischen Banquier und Kaufmann vor. Diese Erscheinung hängt mit der eigenthümlichen Stellung des Banquiers zusammen, bei welchem kraft seines Gewerbes zeitliche Vorschüsse und zeitweise Geldanlage von dem Handel gesucht werden. Dieser allgemeine Beruf jenes Gewerbes kann leicht zum Missverständniss unseres Vertrages Anlass geben. Mann könnte ihn als den Ausfluss eines einseitigen Bedürfnisses nach finanzieller Unterstützung auffassen. Damit aber wäre ein Irrthum in's Leben gerufen, welcher den Begriff des Contocorrents mit Unrecht beschränkt. —

Gegenseitig bleibt jene Unterstützung auch bei dem Banquier, der mit einem Kaufmann in solchem Verhältniss steht. Wenn und soweit Letzterer im Vorschuss ist, ist er es, welcher Credit gewährt. Ob dies im Laufe der Geschäftsverbindung viel oder wenig geschieht, thut zur Sache nichts. Es kann auf Grund der Verabredung geschehen und soll ihr zufolge geschehen. Das ist genügend. Der Banquier vermag so wenig ohne den Kaufmann (Correspondenten), als Dieser ohne des Ersteren finanzielle Hülfe vermag. Die Creditgewährung mag bei Beiden ungleich vertheilt sein — dies folgt aus der Natur des gegenseitigen Verhältnisses. Es kann auch zwischen zwei Banquiers das Verhältniss so sein, dass jeder in seinem Domicil die Ordres des Andern ausführt, als wäre er des Andern Banquier. An der Gegenseitigkeit des Vertrages aber ändert dies Alles Nichts. Diese liegt in der Absicht der Parteien und entspringt aus der Natur der Bedürfnisse, welche Anlass des Vertrages waren.

Die obige Darstellung bezweckte in breiten Zügen darzuthun, warum die gegebene Definition in den engsten Grenzen zusammengefasst werden konnte. Wir haben nun ihren Umfang zu erörtern und ihre Ausdehnung zu erforschen.

Anhang.

Man gestatte dem Herausgeber in der viel umstrittenen Frage, was „Credit" sei, seinerseits sich mit wenig Worten zu äussern. —

Ich möchte vorschlagen den Credit zu definiren als:

„Die freiwillige Gewährung oder Empfangnahme einer Leistung, gegen das blosse Versprechen der Gegenleistung."

An der Hand dieser Definition will ich versuchen, die hauptsächlichsten bisher aufgestellten Ansichten zu beleuchten, um demnächst gegen die Bedenken mich zu äussern, zu welchen die obige Definition Anlass geben könnte.

Vor Allem sind meines Erachtens alle diejenigen Definitionen von vornherein zu verwerfen, welche das Vertrauen in den Thatbestand aufnehmen, so

Nebenius: (s. oben p. 33.) „Credit bezeichnet das Vertrauen, das man in die Wirksamkeit eines Versprechens setzt."

Max Wirth: (s. oben p. 34 Anmerkung 1.) „Der Credit ist Vertrauen — tout court."

Rau: (s. oben p. 34.) „Credit ist das Vertrauen, in welchem Jemand in Hinsicht auf die Erfüllung von vertragsmässigen Verbindlichkeiten im wirthschaftlichen Verkehr bei Andern steht."

Gust. Cohn: (s. oben p. 37.) „Credit ist Vertrauen in die Erstattung oder künftige Leistung eines wirthschaftlichen Objects, in die wirthschaftliche Leistungsfähigkeit eines Andern."

Dankwardt: (s. oben p. 51.) „Credit ist die römische fides."

Das Vertrauen ist ein Motiv des Credits, es ist kein Bestandtheil desselben, und fällt noch weniger mit ihm zusammen.

Es ist ein Motiv des Credits: wer leistet gegen das blosse Versprechen einer Gegenleistung, thut dies (wenigstens in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle) im Vertrauen, dass die Gegenleistung erfolgen werde.

Da nun im Allgemeinen im wirthschaftlichen Verkehr ohne das Vertrauen vernünftige Menschen Credit nicht geben werden, so hat man den Namen Credit (credere, fidem habere) jenem principalen Motiv entnommen. Das kann natürlich die richtige Erkenntniss des Thatbestandes aufhalten, diesen selbst aber wahrlich nicht ändern.

Ist es irrig, ein Motiv des Thatbestandes zum Thatbestande selbst zu machen, so ist es genau ebenso und aus gleichem Grunde unrichtig, eine Folge des Thatbestandes zum Thatbestande zu erheben.

Dieses Fehlers macht sich meines Erachtens die Definition von Roscher (s. oben p. 35) schuldig, mit welcher die von Endemann (in Goldschmidt's Zeitschrift IV. B. p. 44|45) genau übereinstimmt. [a]) Beide Schriftsteller sagen: „Credit ist die freiwillig eingeräumte Befugniss, über fremde Güter gegen das blosse Versprechen des Gegenwerthes zu verfügen." Die Befugniss zu verfügen ist nur eine Folge des eingeräumten Credits, und insofern trifft es m. E.

a) Es ist das von Levy (vergl. oben p. 35 und 67) nicht beachtet oder doch nicht besonders hervorgehoben.

den Kern der Sache nicht, wenn Levy (a. a. O. p. 35) gegen jene Definition einwendet, dass hier „der Credit als facultas nicht genügend unterschieden wird von der Handlung, die er verwirklicht."

Credit ist überhaupt keine facultas, es kann daher von einem Credit als facultas gar nicht gesprochen werden. Credit gibt die facultas zu verfügen, diese facultas ist lediglich eine Folge des eingeräumten Credits. Noch weniger ist er eine facultas über fremde Güter zu verfügen, denn da die Leistung (welcher das Versprechen der Gegenleistung gegenübersteht) wenigstens in den Fällen in das Eigenthum des Empfängers übergeht, in welchen nicht von vornherein eine Uebertraguug nur zum Gebrauche beabsichtigt ist, so erhält dieser die Befugniss, über das ihm selbst zu Eigen gewordene Gut zu verfügen. (vergl. überdies Levy oben p. 68). Endlich lässt sich gegen diese Definition mit Recht einwenden, dass sie einseitig ist, indem sie nur den Standpunkt des Creditempfängers berücksichtigt, wie andrerseits die meisten „Vertrauens"-Definitionen schon um deswillen nicht brauchbar sind, weil sie nur vom Standpunkt des Creditgebers ausgehen.

Die Levy'sche Ansicht ist um so schwieriger zu erörtern, weil, wenigstens nach meiner Auffassung, sie zwei ganz verschiedene Seiten zeigt.

Wenn er an einer Stelle (s. oben p. 32) den Credit als die „Möglichkeit der zeitweisen Ergänzung der eigenen öconomischen Kraft," definirt, so ist dagegen sowohl wiederum zu erinnern, dass diese Definition einseitig ist oder doch so aufgefasst werden kann, als vor Allem, dass auch hier meines Erachtens eine Folge der Credithandlung als der Credit selbst bezeichnet wird. Wo der Credit anfängt, hört diese blosse Möglichkeit auf, und wo blos diese Möglichkeit vorhanden ist, hat der Credit noch nicht begonnen. Ueberdies: die Möglichkeit zeitweiser Ergänzung der eigenen öconomischen Kraft ist stets, bei Jedem, und überall vorhanden, man kann also durch diesen Ausdruck nicht ein besonderes Institut, den Credit, bezeichnen wollen; und weiter: Der ganze Satz ist wohl zu unbestimmt, um eine Definition abgeben zu können, welche er doch, nach den ausdrücklichen Worten auf p. 32, darstellen soll. Die eigene öconomische Kraft aber lässt sich endlich wohl auch in anderer Weise ergänzen, als durch „Credit."

Wenn dem gegenüber von Levy an andrer Stelle (p. 65) Credit als „zeitliches Zurverfügungstellen" definirt wird, so ist dagegen zunächst zu bemerken, dass die eine Begriffsbestimmung mit der andern kaum vereinbar ist, und jedenfalls nicht mit ihr zusammenfällt, so dass man nicht recht weiss, welche man als die eigentliche Levy'sche Ansicht betrachten soll und darf. Nimmt man aber die letztgedachte als die eigentliche Definition, so ist nicht einzusehen, warum Levy selbst an anderem Orte die strikte Forderung aufgestellt hat, es müsse „Credit" und „Creditgeschäft" streng getrennt, es müsse aus der Definition des Credits, die Verwirklichung desselben, die eigentliche Abgabe eines solchen Capitals, wie es der Empfänger zu seinem Zwecke braucht, strenge ferngehalten werden (p. 32). Denn „zeitliches Zurverfügungstellen" bedeutet doch eben nichts Mehr und nichts Weniger, als den Akt des Creditgebens, die Credithandlung selbst, die Verwirklichung des Credits. —

Kann daher die von mir versuchte Definition m. E. von Levy am Wenigsten angegriffen werden, so scheinen mir auch überhaupt seine Einwendungen gegen alle diejenigen Definitionen welche das Schwergewicht auf die Thatsache, auf die Credithandlung legen, nicht haltbar zu sein. (cf. oben § 12 p. 36 ff. und § 15 p. 45 ff.)

Wir haben nicht zu fragen, was das Wort Credit im Verkehr bezeichnet, — hier würden wir sämmtliche Definitionen Levy's:

Möglichkeit zeitweiser Ergänzung der eigenen öconomischen Kraft (p. 32)
Zeitliches Zurverfügungstellen (p. 65) und
eine Fähigkeit, Befugniss etc. (p. 32)

als den nebeneinandergehenden Auffassungen des Lebens entsprechend, richtig befinden müssen. — Wir haben zu fragen, was „Credit“ **ist.** Lautet die Antwort, wie ich sie zu geben versuchte, so sind damit die verschiedenen Verkehrsbedeutungen des Credits nicht negirt, sondern anerkannt, weil auf ihre Ursache, ihre Wurzel zurückgeführt. Und man begehe nur nicht den Irrthum, zu glauben, dass der ganze Vorgang ein so eigenthümlicher ist; wir haben auf anderem Gebiete analoge Beispiele genug für völlig verwandte Vorgänge. Wir benennen mit dem einen Worte „Niessbrauch“ (ususfructus) sowohl die Thatsache der Nutzniessung, als das Recht hierzu; mit dem Worte „Eigenthum“ sowohl das sinnlich in die Erscheinung tretende Sachobjekt, als das Recht über eine Sache in allen ihren Beziehungen und ausschliesslich zu verfügen, wie endlich die Thatsache eines (solchen) Besitzes. —

Durch meine Definition wird aber auch nicht etwa verkannt, dass der Credit etwas Ideelles sei, dass er insbesondere im modernen Verkehr selbst wieder ein objectum juris ist. (s. oben p. 66.) Wer den ususfructus definirt als die Nutzniessung einer Sache salva rei substantia, verkennt damit nicht, dass dieser Ausdruck zugleich das jus alienis rebus utendi fruendi bezeichnet, und dass man den ususfructus legiren, dass man ihn (unentgeltlich) einem Andern überlassen kann, kurz dass er ein objectum juris ist. Ebensowenig wird das letztere von denen verkannt oder gar geleugnet, welche den Thatbestand des Credits in der Leistung gegen das blosse Versprechen der Gegenleistung sehen. —

Es erübrigt schliesslich, diejenigen Theorien zu besprechen, die der hier vertheidigten am nächsten kommen, die von Adolph Wagner (s. oben p. 49 Anm. a) und von Carl Knies.

Die Wagner'sche Definition: „Credit ist das freiwillige Gewähren oder Empfangen von Leistungen, im Vertrauen auf die gegebene Zusicherung künftiger Gegenleistungen (s. auch das System der deutschen Zettelbankgesetzgebung etc. von Ad. Wagner, Freiburg 1870 S. 6 No. 13) muss, so nahe sie der von mir selbst vertheidigten zu stehen scheint, aus zwei Gründen als nicht ganz correct bezeichnet werden:

1) weil sie das Vertrauen in den Thatbestand aufnimmt. Dagegen gilt das Obengesagte;
2) weil sie einseitig ist, da vom Vertrauen auf die Zusicherung der Gegenleistung nur beim Creditgeber gesprochen werden kann.

Auch der Definition eines unsrer zweifellos bedeutendsten und geistvollsten Nationalöconomen, der von Carl Knies, vermag ich mich nicht anzuschliessen. Nach Knies ist Credit:

„Der entgeltliche Verkehr, bei welchem (die entgeltliche Güterübertragung, bei welcher) die Leistung des Einen in die Gegenwart, die des Andern in die Zukunft fällt.“

Ich vermag mich nicht zu überzeugen, dass dieser an sich zweifellos richtige Satz die Definition des Credits darstellt. Schon von vornherein dürfte man Bedenken haben, dies anzunehmen. Man kann nicht dadurch einen Begriff bestimmen wollen, dass man, wenn auch in völlig richtiger Weise, den thatsächlichen Vorgang constatirt, welcher vorhanden ist, so oft der Begriff selbst existent wird. Vielmehr wird doch, meines Erachtens, gerade die richtige und so überaus verdienstliche Constatirung der Thatsache, dass bei allen Creditvorgängen ohne Ausnahme die Leistung des Einen in die Gegenwart, die des Andern in die Zukunft fällt, mit Naturnothwendigkeit sofort die Frage wachrufen, in welcher innern Verbindung jene Leistung und diese Gegenleistung steht, und ob nicht gerade in dieser Verbindung das Charakteristische oder ein wesentliches Criterium des zu definirenden thatsächlichen Vorgangs zu suchen ist.

Diese Verbindung habe ich in meinem Definitionsversuche durch das Wort „gegen“ ausdrücken wollen, welches ja nach einem uns hier zu Gute kommenden allgemeinen Sprachgebrauch, sowohl die Gleichzeitigkeit: Leistung gegen das (ausdrückliche oder stillschweigende) Versprechen der Gegenleistung, als die

causale Zusammengehörigkeit: (Leistung auf Grund des Versprechens der Gegenleistung[a])) ausdrückt.

Diese Verbindung herzustellen halte ich aber aus den vorgedachten Gründen, und ferner desshalb für unerlässlich, weil die Weglassung — also die bloss äusserliche Aneinanderreihung des rein thatsächlichen Vorgangs — nothwendiger Weise wieder Consequenzen für die ganze Betrachtung des Vorgangs selbst herbeiführt.

Daraus allein erklärt sich, um ein — und zwar nicht unwichtiges — Beispiel zu nennen, dass Knies die Freiwilligkeit der Gewährung bzw. des Empfangs der Leistung, lediglich aus dem Grunde aus der Definition des Credits gestrichen haben will, weil ja, wenn

> „an die Stelle der Freiwilligkeit ein Zwangsmotiv trete, sich immerhin der objektive Vorgang einer entgeltlichen Güterübertragung vollziehe.“ Geld und Credit II. B. 1. Abth. p. 59.

In der That, der objektive Vorgang (gegenwärtige Leistung, zukünftige Gegenleistung) ist genau derselbe, mag man freiwillig gegen Creditirung des Kaufpreises verkaufen, oder, durch den Staat gezwungen, sein Pferd zu Kriegszwecken abgeben, um später den Schätzungspreis erstattet zu bekommen; und insofern ist die Ansicht von Knies über diese Frage zweifellos richtig, sobald die Richtigkeit seiner, bloss den objectiven Vorgang berücksichtigenden Definition, zugegeben ist.

Ich vermag jedoch einen Creditvorgang überall da nicht zu erblicken, wo das Moment der Freiwilligkeit fehlt. Die Richtigkeit meiner Ansicht allerdings wird wiederum davon abhängen, ob man mir meine Prämisse als richtig zugibt.

Der Creditgeber leistet gegen die ausdrückliche oder stillschweigende Zusicherung einer zukünftigen Gegenleistung d. h. er leistet nachdem ihm diese Zusicherung ertheilt ist, und weil sie ihm ertheilt ist. Voraussetzung der Leistung ist das Versprechen der zukünftigen Gegenleistung.[b])

In allen Zwangsfällen liegt der Vorgang anders. Wer sein Pferd gezwungen hergibt, leistet nicht, weil ihm die Gegenleistung zugesichert wird, sondern weil er muss. Voraussetzung der Leistung ist nicht die Zusicherung der Gegenleistung; — es dürfte dieselbe noch so gross sein, die Leistung würde doch nicht erfolgen — vielmehr geschieht dieselbe lediglich in Folge des auf den Eigenthümer des Pferdes ausgeübten Zwanges.

In allen Fällen also, wo der Leistende leistet, weil er leisten muss, nicht weil ihm eine Gegenleistung zugesichert ist, (also auch bei der Zwangsanleihe und allen ähnlichen Fällen) möchte ich den Begriff des Credits grundsätzlich als ausgeschlossen betrachten. J. R.

a) Vergl. z. B. andere Verbindungen, wie Entlassung eines Gefangenen gegen Ehrenwort.

b) Man identificire hier nicht die Begriffe Voraussetzung und Vertrauen. Allerdings kann ein Creditvorgang auch da vorhanden sein, wo der Gläubiger vielleicht sogar Hoffnung und Vertrauen hegt, dass sein Schuldner in dem vereinbarten Termin nicht bezahlen werde. Aber das Versprechen der Gegenleistung muss der Leistende haben, will er am Termine überhaupt Rechte geltend machen können und nicht auf Grund der Einrede zurückgewiesen werden, er habe geleistet ohne auf Gegenleistung zu rechnen. Voraussetzung der Leistung ist also auch hier stets das Versprechen der Gegenleistung, obwohl das Vertrauen, dass dieselbe wirklich erfolgen werde, fehlt.

§ 23. Contocorrent als Vertrag.

Die Veranlassung zum Contocorrentvertrag kann scheinbar verschieden sein. Im Wesen ist sie immer dieselbe: Erhöhung des gegenseitigen productiven Vermögens. Dies geschieht dadurch, dass der Credit die Stelle sofortiger Zahlung einnimmt. Hätte man die allgemeine Bestimmung des Contocorrents besser im Auge behalten, man würde keinen Augenblick an seiner Vertragsnatur und seiner Art gezweifelt haben. Da aber dieser Charakter nicht gleich unmittelbar in die Augen springt, ist er oft verkannt worden. Dadurch erklärt sich zugleich die Erscheinung, dass aus richtigen Prämissen falsche Folgerungen abgeleitet wurden.

Die beiden Schriftsteller, welche diesen Gegenstand ex industria behandelt haben, liefern den Beweis der Richtigkeit dieses Satzes. Noblet[1]) sagt über die Veranlassung des Contocorrents Folgendes: „Le compte courant presque exclusivement employé dans le commerce, dont la dévise est célerité et profit, est dû à double cause.

La première, c'est d'eviter les inconvéniens et les frais de transport de fonds ou même de négociations de papiers. Un banquier de Paris a des fonds à toucher et des paiements à faire à Marseille. Au lieu de faire passer à Marseille les fonds pour payer et de faire venir à Paris les fonds qu'on lui versera, il charge un banquier de Marseille de recevoir et de payer pour lui, sauf à se tenir compte entre eux plus tard de la différence.

La seconde cause du compte courant c'est de ne pas laisser des fonds improductifs. Ainsi, dans l'espèce ci-dessus, il peut y avoir de l'intervalle entre les recettes et les paiements que le banquier de Marseille fera pour celui de Paris. Il s'en suivrait, que les fonds encaissés dormiraient entre les mains du premier. Il en serait de même, jusqu'au réglement du compte, des fonds qui lui resteraient, s'il avait eu plus à recevoir qu'à payer.

Pour parer à cet inconvénient le banquier de Marseille est réputé prendre pour son propre compte les valeurs du banquier de Paris à mesure qu'il les encaisse. Ces valeurs fructifient entre ses mains comme

[1]) Compte-courant p. 5.

celles d'un emprunteur ordinaire. De plus, pour rendre la position égale, le banquier de Paris est considéré, par rapport au banquier de Marseille, comme emprunteur de toutes les valeurs que ce dernier acquitte pour lui. Le réglement ultérieur du compte entre les deux banquiers établit en définitive leur position respective, et détermine qui des deux est débiteur de l'autre."

Creizenach[1]) fasst die hier angegebenen beiden Ursachen zusammen, wie sie denn in Wirklichkeit wohl immer vereinigt sein werden. „Selten," sagt er, wird es nun einen Kaufmann geben, dem es nicht wünschenswerth sein muss, mit einem oder mehreren Banquiers in Verbindung zu stehen, um mit denselben die in ihr Fach gehörigen Geschäfte machen zu können, und zwar muss diese Verbindung eine bleibende sein. Wenn A in Würzburg z. B. einen Wechsel in Trier zu erheben hat, so will er nicht erst genöthigt sein, sich in Frankfurt einen Banquier aufzutreiben, der den Wechsel bei Verfall eincassirt oder vorher discontirt. Er will nicht nach Verfall besonders darüber unterhandeln, dass ihm Jemand das Geld aufhebe oder verzinse, bis er selber Verwendung dafür habe u. s. w., sondern er will einfach den Trierer Wechsel dem Frankfurter Banquier übersenden, der ihm den Betrag als Deckung gutschreibt, für spätere Abrechnung auf diese und eine Reihe ähnlicher Operationen, wie sie sich gerade darbieten. Er will mit einem Worte ständiger Correspondent des Banquiers sein, und zwar kraft einer, mindestens für eine gewisse Zeit, **feststehenden Uebereinkunft**, welcher gemäss ihm alle in das Fach des Banquiers einschlagenden Geschäfte besorgt und Credite bewilligt werden, um nach bestimmten Perioden abzurechnen. Banquier und Correspondent treten dadurch zu einander in ein laufendes Rechnungsverhältniss (Contocorrentverhältniss), und den dem Eintritte dieses Verhältnisses vorangehenden Vertrag nennt man den Contocorrentvertrag. Derselbe ist ein zweiseitiger, und die Leistung des Banquiers heisst Eröffnung des Contocorrents."

Lassen wir die breite Entwicklung Noblet's zur Seite, und fragen wir, welches Resultat der letztere, höchst wissenschaftliche Schriftsteller von seinem Ausgangspunkte aus gewinnt.

„Um es nun," fährt er fort, „an einer Definition nicht fehlen zu lassen, bestimmen wir den Contocorrentvertrag als die Uebereinkunft zwischen Banquier und Correspondent, wonach Ersterer dem Letzteren die in sein Fach einschlagenden Geschäfte zu besorgen verspricht, und Letzterer Ersteren nach periodisch zu pflegender Abrechnung zu decken und ihm gewisse Vortheile einzuräumen übernimmt, dergestalt, dass die sämmtlichen Leistungen und Gegenleistungen in ihrem Complex als das eine und das einzige Object des Vertrags gelten." [a])

Es wird also, nach dieser Vorstellung, zwischen den Parteien ein

[1]) Der kaufmännische Contocorrent, der Creditvertrag und das kaufm. depos. irregulare in Archiv für practische Rechtswissenschaft IV, 1. Heft p 35.

[a]) Vergl. Creizenach, Der kaufmännische Contocorrent in seiner rechtlichen Bedeutung, Mainz 1873, p. 7, wo diese Definition fast wörtlich wiederholt wird.

Vertrag in doppelter Richtung eingegangen. Der Banquier — um für den Augenblick bei Diesem zu bleiben — verspricht die Geschäfte des Correspondenten, soweit sie in sein Fach einschlagen, zu besorgen. Der Correspondent verspricht dem Banquier, ihm gewisse Vortheile einzuräumen, und ihn nach periodischer Abrechnung zu decken. Alles aber geschieht dergestalt, dass jene Uebereinkunft nur ein einziges Object haben soll, nämlich das Resultat der Leistungen und Gegenleistungen.

Täuschen wir uns nicht, so liegt in dieser etwas unbestimmten und gezwungenen Darstellung mehr eine Aneinanderreihung loser Sätze, als die höhere Einheit, worin diese sich auflösen müssen. Dass ausschliesslich an die Beziehung zwischen Banquier und Correspondent gedacht wird, ist kein Zufall, sondern Absicht. Dieser erstere Fehler ist bedeutender, als es scheint und sein sollte, denn er beeinflusst die ganze Anschauungsweise jenes Schriftstellers. „Besondere Rechtsverhältnisse treten indess bei demjenigen Contocorrent ein, der zwischen dem Banquier und seinen Geschäftsfreunden (Correspondenten) besteht, und ein Verhältniss begründet, bedeutungsvoll für die Rechtstheorie überhaupt, wie für das Verständniss commercieller Transactionen insbesondere“ — so lautet sein Anfang.[1])

Dieses besondere Rechtsverhältniss müssen wir, wenigstens in dem Sinne, wie es hier gemeint ist, ganz bestimmt in Abrede stellen. Wir möchten nichts Wesentliches von der allerdings sehr schönen Schilderung, welche jener Autor von dem Wirkungskreise des Banquiers gibt, abdingen.[2]) Ebenso glauben wir, dass der Contocorrent für den Banquier ein sehr eigenartiges, sehr gewöhnliches und sehr genügendes adminiculum ist, um diesen Wirkungskreis nach Gebühr auszufüllen. Es ist uns aber unmöglich, in dieser Uebereinkunft oder besser in dem Anlass zur Eingehung derselben ein Monopol für den Banquierberuf zu sehen. [a]) Noch weniger ist es uns klar, warum, wenn zwei Kaufleute beschliessen ihre öconomische Kraft gegenseitig zu unterstützen, dieser Absprache der Charakter des Contocorrents versagt werden müsste. [b])

Jener Schriftsteller scheint dagegen einen peremtorischen Einwand

[1]) a. a. O. p. 32.

[2]) Sie ist in folgenden Worten auf p. 34 a. a. O. zusammengefasst: „Der Banquier macht also gebundenes Kapital flüssig, müssig liegendes fruchtbringend und schafft neues Kapital durch Realisirung des Credits seiner Correspondenten.“

[a]) Vergl. dagegen auch die Ausführungen in der vorzüglichen neueren Abhandlung von Grünhut. „Das Recht des Contocorrentverkehrs“ (in Grünhut's Zeitschr. f. d. Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. III p. 473—534, Wien 1876) p. 473 ff. und die dort citirten Schriftsteller und Entscheidungen, hinzuzufügen die Entscheidungen des R.-O.-H.-G. vom 30. Oct. 1873 (XI p. 142) und vom 4. Febr. 1875 (XVI p. 30).

[b]) In der oben erwähnten Schrift: Der kaufmännische Contocorrent in seiner rechtlichen Bedeutung 1873 macht Creizenach folgende einschränkende Bemerkung resp. Concession: „auf das Verhältniss zwischen Fabrikant und Zwischenhändler, dem Verkäufer des Rohproducts und dem Fabrikanten sind die Grundsätze des Contocorrentvertrags heute nicht anwendbar, wenn auch in dem kaufmännischen Gewohnheitsrechte der Keim der Entwicklung auch nach dieser Richtung liegen mag.“

zu haben. Es ist dies jedoch nur die Folge einer sehr begründeten Scheu vor einem Missverständniss, welches auch bei unserm System vermieden werden muss und sehr leicht vermieden werden kann.

Das Schema in der Credit- und Debet-Form, die äussere Einrichtung des Contocorrents lässt durchaus nicht auf dessen Existenz schliessen. Hinsichtlich dieses Punktes sind wir einig.[1]) Es gehört noch Mehr dazu, um das Bestehen eines Contocorrentverhältnisses annehmen zu können. Jener Autor aber nimmt Nebendinge zur Richtschnur, um — was an sich richtig — Alles auszuschliessen, was nur einer schematischen Berechnung gleichkommt, und deshalb nicht in den Bereich des Contocorrents fällt. In Folge dessen sind seine Ansichten einmal richtig, dann wieder unrichtig, aber immer etwas willkürlich.

Dies mag durch zwei von ihm selbst gegebene Beispiele bewiesen werden. Das erste lautet folgendermassen:[2]) „Das Contocorrentverhältniss existirt nur als Hülfsgeschäft des Handels und als Ausfluss des kaufmännischen Gewohnheitsrechts. Geldgeschäfte zu nicht commerciellen Zwecken begründen also auch kein Contocorrentverhältniss. Das Gewohnheitsrecht ist dafür nicht da. In Frankreich z. B. pflegen müssige Capitalisten die Verwaltung ihres Vermögens Notarien zu überlassen, und je nach Bedarf Geld von demselben zu erheben. Dieses Verhältniss mag sich noch so verwickelt gestalten, es wird doch nie zum Contocorrentverhältniss.“

Das Alles ist völlig richtig, aber es ist nur zufällig. Der Grund, warum das Verhältniss zwischen dem Verwalter und dem Eigenthümer des Vermögens als solchem kein Contocorrentverhältniss in's Leben ruft, ist der, dass dessen Kriterium gegenseitige Creditgewährung fehlt. Mag deshalb der Notar auch ganz getreulich jedes halbe Jahr sein Schema in debet und credit ausfüllen, es würde aus jenem Grunde ein Schema bleiben, und nichts Mehr. Weder er, noch sein Patron suchte oder brauchte Credit. Noch viel weniger schlossen sie einen Vertrag, welcher ihnen dessen Genuss verschaffen sollte.

Diese Benutzung ganz zufälliger Zustände zeigt sich noch stärker in dem zweiten von jenem Schriftsteller gegebenen Beispiel.[3]) [a]) „Andrerseits bildet dasjenige, was man im gewöhnlichen (nicht zum Geschäftskreise des Banquiers gehörigen) Geschäftsverkehre die Contocorrentstellung nennt, nicht dasjenige Rechtsverhältniss, welchem nach der Usanz, der Charakter und die Wirkungen des wahren Contocorrents inne wohnt. Dazu gehört wesentlich, dass der Gegenstand des Geschäftsverkehrs Geldumsatz sei, d. h. Erleichterung der Geldcirculation als Leistung des einen Theils. Bezieht A von B rohe Baumwolle, und B von A verarbeitete,

[1]) Creizenach a. a. O. p. 45: „Das blose Aufstellen der Geschäftsergebnisse in der gewöhnlichen Form des Contocorrents begründet noch keinen stillschweigenden Abschluss eines Contocorrentvertrags, ja nicht einmal einen Beweis desselben.“

[2]) a. a. O. p. 46.

[3]) a. a. O. p. 46.

[a]) cf. Creizenach a. a. O. (1873) p. 8.

und berechnen sich Beide auch ganz in der für Contocorrente üblichen Form, so ist dies an sich noch kein wahres Contocorrentverhältniss, wenn es auch durch wesentlicheres Hervortreten des dadurch veranlassten Geldumsatzes dazu werden kann."

Hier wird also der Geldumsatz zum Massstab genommen. Nun werden aber in jenem Falle sowohl der Verkäufer der rohen, als der der verarbeiteten Baumwolle ihre Preise wohl in Geld facturiren. Geschieht dies, und be- und entlasten sie einander wirklich, je nachdem die Waare bezogen oder gesandt wird, so liegt allerdings ein Contocorrentvertrag vor. [a]) Letzterer kann erhellen — auch jener Schriftsteller gibt dies zu — ex rebus et factis, selbst ex post.[1]) Die gegenseitige Erhöhung des productiven Vermögens hat dadurch Statt gefunden, dass gegenseitig Zahlung nicht gefordert wurde, sondern man in Rechnung blieb. Allerdings bewirkte dies nicht der Banquier, sondern wohl die Absicht gegenseitiger Creditgewährung. Letzteres allein scheint uns genügend.

§ 24. Contocorrent als Vertrag (Fortsetzung).

Nach der Auffassung Creizenach's ist der Contocorrentvertrag ein pactum de contrahendo. [b]) Man würde seiner Ansicht zu kurz thun, wollte man darunter verstehen: unverbindliche Unterhandlungen über einen noch einzugehenden Vertrag.[2]) Oben schon sahen wir,[3]) dass ein pactum antecedens allerdings ein Contrakt ist, welche zu einem oder mehreren andern Contrakten den Weg bahnt. In diesem Sinne will jener Schriftsteller offenbar auch seine Ansicht verstanden haben. In diesem Sinne wollen wir sie also auch prüfen.

Die erste Frage, welche dabei entsteht, ist die: welches Objekt hat jenes pactum? Damit der „Vorvertrag" gehörig begrenzt sei, und seine Stelle in der Reihe der Contrakte einnehmen kann, muss er ein bestimmtes Object haben. Deshalb spricht Seuffert[4]) ganz mit vollem Recht von

[a]) Richtiger ist das wohl auch von Creizenach eigentlich Gemeinte in der Entscheidung des deutschen Reichsgerichts vom 22. Mai 1880 (II p. 263) ausgedrückt, worin gesagt wird, das „nach dem Wesen des Contocorrentvertrages die einzelnen Rechtsverhältnisse zwischen den Interessenten in den Contocorrent . . . nur insoweit gehören, als sie für die Interessenten einen Geldschuldungseffekt . . hervorgebracht haben."

[1]) a. a. O. p. 45. „Der Contocorrentvertrag kann ausdrücklich und stillschweigend eingegangen werden; ersteres geschieht häufig in förmlicher Vertragsform oder durch briefliche Willenserklärung. Mindestens ebenso häufig erfolgt die Vertragseingehung stillschweigend, indem zwischen beiden Theilen eine Reihenfolge von Geschäften abgeschlossen worden, deren Ergebnisse nach den Grundsätzen des Contocorrents beurtheilt zu werden pflegen."

[b]) Ebenso noch in Creizenach, Der kaufmännische Contocorrent etc. 1873 p. 13.

[2]) Vg. über das Verhältniss des pactum zu dem eigentlichen Contrakt die Literatur bei Arndts, Pandekten (7. Ausg.) p 389 Anm. 1. Hauptwerk: Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen, Heft 1, Die Vorverhandlungen bei Verträgen, Weimar 1868.

[3]) p. 64.

[4]) Praktisches Pandektenr. II p. 209.

dem pactum antecedens de mutuo dando, commodando, deponendo, suscipiendo rem vendendam. Bei allen diesen Absprachen wissen die Parteien sofort, wozu sie sich verpflichten. Kommen sie ihrer Verpflichtung nicht nach, so entsteht eine Schadensersatzklage, die in ihrer Art sich an das bestimmte Objekt anschliesst, und danach abgemessen werden kann. Unter diesen Voraussetzungen ist es möglich, das pactum antecedens gehörig zu erkennen, und von den Unterhandlungen, pourparlers (tractaten) zu scheiden, welche rechtlich werthlos sind.

Die soeben gestellte Frage muss also auch für den Contocorrentvertrag beantwortet werden. Ein Versuch dazu ist angestellt. Der obenerwähnte Schriftsteller leitet aus dem pactum die Verpflichtung des Banquiers ab, die Geschäfte des Correspondenten zu besorgen, gegen eine von Letzterem zu erhaltende Vergütung, wenn jene beendigt und zur Abrechnung gebracht sind. Der Banquier soll verpflichtet sein, innerhalb der Grenzen seines Berufs und der bestimmten Zeit der beständige negotiorum gestor des Correspondenten zu sein. Er soll gehalten sein, dessen Ordres getreulich zu befolgen, und nach seinem besten Wissen auszuführen, in einem Worte, seine besonderen Dienste zur Verfügung zu stellen.

Diese Auffassung von dem rechtlichen Verhältniss zwischen Correspondent und Banquier ist völlig richtig. Sie passt nur in einer Beziehung nicht: sie hat nämlich mit dem Contocorrent als solchem Nichts zu thun. [a]) Wenn ein Handelshaus zu Wien seinem gewöhnlichen Banquier zu Amsterdam den Auftrag gibt, eine Ordre an der Börse daselbst auszuführen, so würde Letzterer schadensersatzpflichtig werden, wollte er Telegramm oder Brief einfach zur Seite legen. Die Basis der zwischen den Parteien bestehenden Handelsbeziehung verpflichtet sie, wenn nicht hinsichtlich gewisser Punkte Freiheit vorbehalten ist, zur Dienstleistung, mag auch jene nicht bei jeder Angelegenheit besonders erneuert werden. Wäre dem nicht so, so müsste der Kaufmann, welcher seinem Handelsfreunde vertrauen zu können glaubt, täglich neue Contrakte zu schliessen haben, um sich gegen Schaden zu schützen. Dass übrigens Viel von der Art des Auftrags abhängt, bedarf keines Beweises. Auf diesem Gebiete ist Alles quaestio facti.

Mag man aber den Umfang der Beziehungen weit oder eng darstellen — den Kern bildet das Mandat. Ein Handelsmandat von ganz eigenartiger Natur, das geben wir gern zu, aber ein Mandat. Kraft dieses Contraktes kann sich der Banquier keiner Dienstleistung für seinen gewöhnlichen Correspondenten entziehen, er könne denn den Grund seines Thuns angeben und beweisen. Kraft dieses Contrakts ist auch der Correspondent zur Deckung etc., Zahlung eines Vorschusses, Gewährung von Provision, Zinsen etc. verpflichtet. Die Frage aber, was Contocorrent ist, wird durch jene sehr bekannte und sehr gewöhnliche Geschäftsbeziehung nicht beantwortet. Creizenach selbst würde sich für die auf seine Schrift

[a]) Dasselbe ist gegen die ähnliche Ausführung in dem schon Oben (p. 12 Anm. b) citirten Aufsatz von Voigtel in Busch's Archiv III 1864 p. 205 zu bemerken.

verwandte Mühe nicht sehr belohnt fühlen, wenn sie auf das höchst einfache Resultat hinauslaufen sollte, dass Handelsmandat: Contocorrent, dass Contocorrent: Handelsmandat sei. Dennoch dürfte diese Auflösung unvermeidlich sein, und liegt sie nur wenig versteckt hinter der complicirten Art der Definition, welche jenen Autor selbst missleitet hat.

Oder sollte er vielleicht geneigt sein, diese Folgerung anzunehmen und Contocorrent zu nennen: nicht die zur Dienstleistung verpflichtende Absprache, sondern das Element in dieser Absprache, welches in die gegenseitigen Handlungen Einheit und Zusammenhang bringt? Auch in diesem Falle ist die Erscheinung selbst wieder völlig richtig, die Natur aber und der Grund derselben nicht nachgewiesen. Die Frage ist nicht, ob jene Einheit zwischen Correspondent und Banquier für die periodische Dauer ihrer Beziehungen festgehalten wird. Daran zweifelt Niemand, der das Wesen des Contocorrents erkannt hat. Die Frage ist aber, warum und wodurch sie besteht. Hier nun fühlt jener Schriftsteller selbst die von ihm offen gelassene Lücke. Noblet in einem andern Punkte bekämpfend sagt er:[1]) „Der primitive Contocorrentvertrag wird bei dieser Auffassung Noblet's ganz objectlos, und doch wird seine Existenz von ihm unterstellt. Wenn er aber existirt, so hat er als pactum de contrahendo eine Verpflichtung zur Folge, und zwar die, dass die Contrahenten für die abzuschliessenden Verträge den rechtlichen Wirkungen, welche das Gewohnheitsrecht dem Contocorrent belegt, sich unterwerfen, mit anderen Worten: sie haben sich den Eintritt aller dieser Geschäfte in den Contocorrentnexus gefallen zu lassen.“

Die Wirkung also dieses pactum de contrahendo soll die sein, dass die Parteien sich dem hinsichtlich des Contocorrents geltenden Gewohnheitsrechte zu unterwerfen gehalten sind. Soll hierin aber eine nähere Erläuterung liegen, so scheint sie uns nicht von grossem Gewicht zu sein. Wenn wir das bei Seite lassen, was sich auf ein Mandat bezieht, erhalten wir für den Contocorrent eine Definition, welche folgendermassen aussieht: Contocorrent ist ein Vertrag, welcher zu Allem verpflichtet, was das Gewohnheitsrecht über den Contocorrent bestimmt. Diese Begriffsbestimmung hinkt aber in doppelter Beziehung. Erstens ist sie idem per idem, was ihr unmöglich zur Empfehlung dienen kann. Zweitens ist die Unterordnung unter das Gewohnheitsrecht nichts Besonderes, geschweige etwas dem Contocorrent Eigenthümliches. Auf dem Handelsgebiete dringt die Gewohnheit überall durch, darum hat jedoch die Rechtslehre noch nicht abgedankt. Hier aber wird letztere nicht gerade sehr viel weiter gebracht.

Den Umstand, dass jener Schriftsteller die Manifestation des Credits, jenes Hülfsmittels des Handels, im Contocorrent zu erkennen nicht vermocht hat, erklären wir uns vor Allem daraus, dass er das Wesen und die Art des Credits nicht vollständig untersucht und um deswillen nicht ganz verstanden hat. Höchst ungründlich, beinahe naiv sind die Bemerkungen, welche er in dieser Hinsicht macht. An zwei Stellen finden

[1]) a. a. O. p. 43.

wir die Rolle erwähnt, welche der Credit hier zu spielen habe. „Der Credit ist", sagt unser Schriftsteller,[1]), „nun allerdings die subjective Voraussetzung des Contocorrentvertrags; er ist aber nicht, wie bei dem mutuum und anderen Borggeschäften sein Gegenstand. Object des Contocorrentvertrags ist das Geldgeschäft, die Verrichtung des Schatz- und Zahlmeisteramts des Banquiers. Die Ertheilung des Credits geht lediglich dem Vertrage vorher. Er ist immer gegenseitig, weil jede Entlastung auf der einen Seite eine Belastung auf der anderen mit sich führt, also auch der Correspondent, so oft er dem Banquier eine Zahlung leistet, dessen Creditor wird."

Wie sehr die Auffassung, dass der Credit „Gegenstand" des mutuum und anderer ähnlicher Verträge sein soll', der Wahrheit widerstreitet, haben wir oben nachgewiesen. Objekt jener Uebereinkunft ist die Hingabe von Capital. Der Credit bildet hier nur eine Eigenschaft der Leistung, und es ist gerade das grosse Verdienst des Handels, diese Eigenschaft zu einem selbstständigen, concreten Ganzen umgebildet zu haben. Auf der andern Seite ist dasjenige, was jener Schriftsteller „Geldgeschäfte" nennt, der Eintritt des Banquiers als Schatz- und Zahlmeister seines Handelsfreundes, durchaus nicht das Object des Contocorrentvertrages. Jener Dienst stützt sich auf Mandat, und kann sehr wohl ausser aller Beziehung mit dem Contocorrent gedacht werden. Die durchgehende Vermengung dieser beiden Begriffe, verbunden mit der einseitigen und beständig festgehaltenen Vorstellung, dass bei dem Contocorrent Banquierdienste und Banquierfunctionen vorausgesetzt werden, hat den Schriftsteller auf diese falsche Fährte gebracht.

Ebenso ist an einer früheren Stelle von Credit die Rede. Hier scheint jener Schriftsteller ganz speciell die Lehre Derer zu bestreiten, welche den Credit in nähere Verbindung zum Contocorrent bringen. Er drückt sich folgendermassen aus:[2]) Alinea Grundlage des ganzen Verhältnisses ist nun allerdings der Credit, den die Contrahenten einander, insbesondere der Banquier dem Correspondenten, ertheilen. Man würde aber sehr irren, wenn man annehmen wollte, die wesentliche Leistung des Banquiers sei gerade und einzig diese Kreditertheilung, oder es bezwecke der Vertrag nothwendig auf den vom Banquier ertheilten Kredit hin, sich Capital zu schaffen, mit anderen Worten, Geld oder Zahlmittel zu borgen. Wenn auch der Contocorrentvertrag dafür für den Kaufmann die bequemste, gewöhnlichste, unverfänglichste, wenn auch nicht immer wohlfeilste Form ist, so kommt es doch auch oft genug vor, dass der Correspondent sogar reicher an Capital ist, und verhältnissmässig mehr Credit geniesst als der Banquier, also dessen Gelddarlehen nicht bedarf, dass er aber doch den Letzteren zu den Operationen des Geldverkehrs um so weniger entbehren kann, je grösser sein eigener Geldumsatz ist. Wir heben dies hervor, weil das Durcheinanderwerfen des Contocorrent-

[1]) a. a. O. pag. 43.
[2]) a. a. O. pag. 37.

vertrags im Allgemeinen und des Crediteröffnungsvertrags schon manche falsche Ansichten erzeugt hat. Beide verhalten sich zu einander wie genus zur species." [a])

Zur Widerlegung einer Auffassung, welche eine ganze öconomische Erscheinung beherrscht, sind diese zehn Zeilen gewiss nicht zu viel. Wir fürchten aber, dass diese summarische Abfertigung in der mangelhaften Beherrschung des Stoffes ihre Erklärung findet. Die unzureichende Kenntniss des Stoffes tritt klar zu Tage, wo die „Creditverleihung" wieder einseitig behandelt wird. Sie wird noch deutlicher, wo jene Creditverleihung für identisch erklärt wird mit dem Darleihen von Geld und anderen Zahlmitteln. Sie geht endlich in völlige Unkenntniss über, wo das fast kindliche Argument angeführt wird, dass mancher Correspondent reicher sei als sein Banquier.

In diesen drei Sätzen sind ebensoviel Beweise vorhanden, dass jener Schriftsteller dies Gebiet ohne genügende öconomische Vorbereitung betreten hat.

Die von ihm erwähnte einseitige Creditertheilung des Banquiers ist der Crediteröffnungsvertrag. Dieser Vertrag ist specifisch verschieden von dem Contocorrentvertrag. Dass eine Verwandschaft zwischen beiden besteht, ist natürlich, sie ist aber nicht grösser, als die mit jedem andern Vertrage, dem der moderne Credit zur Grundlage dient. Von Contocorrent ist erst die Rede, und gerade dies ist sein eigentliches Wesen, wo der Credit nicht einseitig, sondern gegenseitig ertheilt wird. Endemann, der noch in seiner Abhandlung über den Credit erklärt hatte, dass sich der Contocorrent aus dem Crediteröffnungsvertrage und dem depositum irregulare,[1]) zusammensetze, kommt in seinem Handbuche schon zu strengerer Scheidung.[2]) Es geht also nicht an, wie dies Creizenach thut, gegen fictive Ansichten zu streiten.

Glaubt er aber den Handschuh aufnehmen zu müssen, so muss vor Allem der Werth und die Bedeutung der gebrauchten Ausdrücke feststehen. Für diejenigen, welche im Credit Geldverleihung sehen, ist die Erklärung der mit diesem Namen angedeuteten öconomischen Erscheinung ungemein bequem, sie ist jedoch zugleich ungemein oberflächlich. Jedenfalls aber ist es verwunderlich, wie gerade dieser Schriftsteller, nach der oben mitgetheilten Bekämpfung Noblet's, sich damit zufrieden geben kann.[3])

[a]) cf. Creizenach. Der kaufm. Contocorrent i. s. rechtl. Bedeutung 1873 p. 15, wo fast wörtlich das Nämliche steht.

[1]) a. a. O. in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. IV p. 205. „Aus der Crediteröffnung und dem Depositengeschäft setzt sich das Contocorrentverhältniss zusammen."

[2]) a. a. O. p. 698 „Es erhellt, dass von einem Contocorrentverhältniss in diesem Sinne nur da die Rede sein kann, wo der Rechnungssteller in gewissem Umfang sowohl Credit leistet, als auch dadurch, dass er Werthe des Andern in Händen hat, Credit geniesst."

[3]) Es ist im Allgemeinen nicht schwer, der Creizenach'schen Schrift die Waffen zur Bekämpfung seiner eigenen Prämissen zu entlehnen. Auf die Frage, ob das mutuum zum Wesen des Contocorrents gehört, antwortet er (a. a. O. p. 39): „Wir haben bereits gesagt, dass dies nicht der Fall ist, wenn man die einzelnen

In der That ist auch hier im eigenen Gedankengange der Widerspruch zu finden. Die Möglichkeit, dass ein Correspondent reicher als sein Banquier ist, dient jenem Schriftsteller dazu, um nachzuweisen, dass deshalb Ersterer des Letzteren „Gelddarlehen nicht bedarf." Nichtsdestoweniger wird zugegeben, dass auch bei solchem reichen Correspondenten ein Contocorrentvertrag mit einem Banquier etwas durchaus Gewöhnliches ist. Nun sollte, so däucht uns, aus letzterer so ziemlich unzweifelhaften Thatsache, abgeleitet werden, dass ein solcher Contocorrentvertrag einem anderen Zwecke dient, als dem eines „Gelddarlehens". Der Gedanke sollte doch auftauchen, dass Creditverleihung durchaus nicht synonym mit mutuum ist. Aber gerade das Umgekehrte ist bei jenem Schriftsteller der Fall. Er nimmt diese Identität als feststehend an. Da nun Jemand der viel Geld hat, keinen Vertrag einzugehen braucht, welcher ihm zeitweise Geld von einem Andern verschafft, so erkennt er dem Vertrage einen anderen Zweck zu.

Letzteres ist völlig richtig; es ist aber dem Schriftsteller entgangen, dass man sehr reich sein, und doch mittelst des Credits sein Vermögen anzulegen suchen kann. Allein durch Umsatz kann im Handel das Geld fruchttragend gemacht werden. Nun dürfte es wohl für keinen Kaufmann, wäre er selbst so reich wie Crösus, ausführbar sein, bei jeder Operation, die er unternimmt, unmittelbar die Börse bereit zu halten. Es ist sogar anzunehmen, dass er dazu umsoweniger geneigt sein wird, je reicher er ist und je reicher er sich fühlt. In diesem Falle braucht auch er Credit, nicht weil der Stand seines Vermögens dies fordert, sondern um an dem Strome des Verkehrs in der gebräuchlichen Weise Theil zu nehmen.

Uebrigens ist das von jenem Schriftsteller gebrauchte Argument nicht allein logisch unrichtig. Es verräth zugleich wenig Einsicht in den gesellschaftlichen Zustand. Es ist durchaus nicht paradox, wenn man

Artikel als solche betrachtet. Aber auch im Complexe sind sie es nicht. Es widerstrebt durchaus der kaufmännischen Anschauungsweise, wenn man in dem einzelnen Geldverbindlichkeiten nothwendig Darlehen erblicken wollte. Das zu Grunde liegende Geschäft kann allerdings ein solches sein. Niemals aber wird insbesondere diejenige Geldschuld, die zu Lasten des Banquiers in den Contocorrent eintritt, als ein Darlehen aufgefasst, sondern immer als Anschaffung, entweder für bereits eingegangene, oder für noch zu erwartende Geldverbindlichkeiten des Correspondenten".

Der Banquier also leiht nicht — und der Correspondent? Auch ihm theilt der Schriftsteller eine Rolle zu. „Aber andererseits," so fährt er fort, „will auch der Correspondent nur in äusserst seltenen Fällen wie der nicht commercielle Borger betrachtet werden. Auch die Gelder, die er aufnimmt, sind keine nackten Darlehensgelder. Die Vorschüsse, die ihm gemacht werden, die Tratten, die der Banquier für seine Rechnung honorirt, die Zahlungen, die er für ihn leistet und dgl. sind eben Leistungen des Banquiers als Geld- und Credithändlers, wenn der Ausdruck erlaubt, die Waare, die derselhe umsetzt, es sind entweder rückbezahlte Depositen oder Verfügungen über den eröffneten Credit."

Wenn dies Alles so ist, wozu dann bei der Behandlung der Creditertheilung von dem Gedanken ausgehen, als ob es nicht so wäre?

behauptet, dass Credit allein dem ertheilt zu werden pflegt,[a]) der ihn nicht braucht. On ne prête qu' aux riches, ist ein Sprüchwort, welches der Handel, vielleicht in sehr unedelmüthiger, aber in sehr systematischer Weise zur Regel erhoben hat. Wenn der Banquier bei dem Anfange der Geschäftsbeziehung zweifelt, fordert er Deckung. Kommt der Zweifel später, so wird genau und ängstlich untersucht, wie — so lautet der Ausdruck „es mit dem Correspondenten steht." Behält man dies im Auge, so würde nach der Lehre von Creizenach Credit auf dieser Erde zu den begehrenswerthesten, aber unerreichbaren Gütern gehören. Wer ihn nicht braucht, verlangt ihn nicht, und wer ihn braucht, erlangt ihn nicht. Zwischen den beiden Extremen dieses Aphorismus müsste unser Verkehr eine Zuflucht suchen. Ein schmaler Pfad das, sollten wir meinen!

§ 25. Eröffnung des Contocorrents.

Der Contocorrentvertrag wird ausdrücklich, oder stillschweigend geschlossen.[1]) Für seine Existenz ist lediglich die Zustimmung der Parteien erforderlich. Letztere nun kann ex post erhellen, oder besser, es kann der Beweis geliefert werden, dass die Absicht, wenn auch unausgesprochen, so doch unzweifelhaft und unverkennbar war. In diesem Sinn kann die Existenz des Contocorrents ex rebus et factis abgeleitet werden. Letzterer Fall muss aber mit der äussersten Sorgfalt beurtheilt werden. „Contocorrentvertrag," sagt Endemann (Handb. p. 698), „ist die Uebereinkunft, dass ein Contocorrentverhältniss, welches sonst nur eine thatsäch-

[a]) In dieser Allgemeinheit scheint mir allerdings der Satz nicht nur paradox, sondern unrichtig.

[1]) Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts v. 22. Juni 1871 (Entscheid. II p. 443 offic. Ausg.) „Unter gewissen concreten Verhältnissen mag es zulässig erscheinen, aus der Modalität der längere Zeit zwischen zwei Geschäftsfreunden gleichmässig fortgesetzten Buchung einen Rückschluss auf deren Vertragsabsicht zu ziehen und deren Einverständniss dahin zu constatiren, dass die einzelnen Forderungsbeträge nach einzelnen Perioden zur Aufrechnung gelangen und die sich ergebenden Saldobeträge als neuer Stamm in der Rechnung fortgeführt werden sollen, als worin die Eigenthümlichkeit der laufenden Rechnung im rechtlichen Sinne sich äussert."

Entscheidung des Oberappellatger. Dresden v. 13. Dec. 1867 (Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XV p. 552): „Die Existenz eines Contocorrentverhältnisses unter Kaufleuten kann nur dann angenommen werden, wenn die Absicht derselben, dass die von dem einen oder andern Theile geleisteten Zahlungen, bez. die Gegenforderungen nicht auf bestimmte Forderungen angerechnet, vielmehr die Gesammtsumme des auf jeder Seite Geleisteten zu bestimmten Zeitabschnitten zusammengezählt und mit einander verglichen, und auf diese Weise die Differenz zwischen den beiden Gesammtsummen (Saldo) gefunden werden soll, aus einer deshalb getroffenen ausdrücklichen Vereinbarung oder aus der gleichmässigen Buchung in den Geschäftsbüchern mit Bestimmtheit zu erkennen ist.

Ebenso auch ein Urtheil des Bezirksgerichts zu Amsterdam vom 21. Nov. 1861 M. v. H. III. 1861 p. 293. Rechtsspr. In Erwägung, dass der Contocorrent nicht durch das Gesetz entsteht oder bestimmt wird, mithin dieses insbesondere bei Kaufleuten bekannte Verhältniss seine Grundlage haben muss in einer darauf abzielenden, ausdrücklichen oder stillschweigenden Uebereinkunft."

liche Uebung ist, bestehen soll. Dieselbe ist durchaus formlos, also auch schon in schlüssigen Thatsachen enthalten." Auf diese schlüssigen Thatsachen kommt es an. [a]) Wo sie fehlen, ist der consensus der Parteien ungewiss, und bleibt vom Contocorrent nichts als dessen Form übrig.

Letztere nun ist von rechtlichem Gesichtspunkte durchaus gleichgültig. Es ist eine Wahnidee, welche bei einem Augenblick ruhigen Nachdenkens verschwinden muss, irgend welche Rechtsfolgen dieser oder einer andern blossen Rechnungsform zuerkennen zu wollen. Wenn es Einem von zwei Handelsfreunden, welche einander dann und wann Zahlungen machen, beliebt, ein Schema mit credit und debet zu entwerfen, so steht ihm das ebenso frei, als seine Rechnungen auf blaues oder grünes Papier zu schreiben. Der Andere hat mit ersterem Umstande ebenso wenig zu thun, als mit dem letzteren. Das Obligo fängt erst an, wenn die Absicht klar ist. Das Vorhandensein der letzteren ist natürlich quaestio facti.

Zur Richtschnur aber bei dieser Untersuchung dient es, dass unseres Erachtens ausschliesslich die Frage beantwortet werden muss, ob die Parteien einander Credit haben gewähren wollen. Sie können es a priori gewollt, d. h. ausgesprochen, sie können auch in diesem Sinne gehandelt haben. Wer die Parteien sind, ist, wie bereits bemerkt, wieder gleichgültig. [b]) Was sie thun — darauf kommt es an. Absprachen über die Zeit und den Umfang des gegenseitigen Verhältnisses sind sehr wesentliche Momente zur Stütze des richterlichen Urtheils. Unentbehrlich aber sind sie nicht.

Auch eine Vergütung für den gegenseitigen Credit ist nicht unbedingt erforderlich, um den Contocorrent in's Leben zu rufen. Gewöhnlich tritt sie ein, und heisst, namentlich zwischen Banquier und Correspondent, Zins. Aber sie ist nicht immer sichtbar, und das Creditverhältniss besteht trotzdem. Zwei Kaufleute, die von einander beziehen und einander liefern, können sehr wohl in einem Contocorrentverhältniss stehen, ohne dass auch nur ein Cent an Zinsen zu sehen ist. In diesem Falle sind letztere einfach im Kaufpreis enthalten. Dass ein gegenseitiger Credit beabsichtigt ist, muss dann aus andern Beweismitteln, der Correspondenz u. s. w., abgeleitet werden.

Im Allgemeinen aber steht und fällt der Vertrag nicht mit dem sog. Zins (gegenseitiger Vergütung des Credits [c]), welchen die Parteien bedingen. Der Zweck der Parteien kann blosser Aufschub der Abrechnung,

[a]) cf. Entsch. des R.-O.-Hg. vom 3. Oct. 1873 (XI p. 142).

[b]) Hinsichtlich des Contocorrent-Verhältnisses unter Nichtkaufleuten, vergl. noch Grünhut a. a. O., p. 474, Anm. 3 und die dortigen Citate; von den dort übergangenen Entscheidungen des R.-O.-H.-G. sind zu nennen die vom 15. Dec. 1873 (XII p. 72) und vom 21. Nov. 1874 (XV p. 277); vergl. das in Anm. a, p. 103 unten aufgeführte Urtheil des deutschen Reichsgerichts vom 6. Juni 1882; Feitu No. 82 ff.; A. Boistel précis de droit commercial Paris 1878, No. 884 3⁰ p. 610; Entscheidung der cour de cassation vom 7. Jevrier 1881 (Dalloz jurispr. générale a 1881 I p. 425).

[c]) Irrig nennt das R.-O.-H.-G. in seiner Entsch. vom 15. Dec. 1873 (XII, p. 72) die Verzinsung (des Saldo's) ein characteristisches, also wesentliches Moment für den Contocorrentvertrag.

also der Zahlung sein. Nichts zwingt sie, dafür einander einen Preis zu zahlen. Man kann Credit schenken oder verkaufen. Das Letztere wird allerdings die Regel, das Erstere höchst seltene Ausnahme sein. Sollte eine solche Ausnahme aber auch eintreten, der Vertrag bleibt davon unberührt.[1])

Wie der Vertrag bewiesen wird, ist eine Frage, bei welcher man sich kaum aufzuhalten braucht. Die einzige Antwort ist: durch alle für den Handel rechtlich möglichen Mittel. Kein aus den Büchern gezogenes Schema kann, im Falle der Bestreitung, von diesem Beweise befreien. Wird dagegen eine Reihe gegenseitiger auf Credit beruhender Handlungen zugegeben, so kann füglich auf die Existenz eines Vertrages geschlossen werden, auf Grund dessen jene Handlungen im Contocorrent zusammengefasst werden.

Auf der andern Seite ist das Bestehen des Vertrages unabhängig von der Zusendung des Schema's, jener im Handel mit dem Namen Contocorrent bezeichneten Uebersicht.[a]) Sowenig letztere jenen in's Leben rufen kann, ebenso bleibt jener bestehen, auch wenn diese ausbleibt. Es ist sogar bei einer anerkannten und zur Ausführung gekommenen Contocorrentbeziehung ein völliges Fehlen jeder Schrift denkbar. Dann muss aliunde bewiesen werden, was sonst die Schrift gezeigt hätte.[2])

Hinsichtlich der Eingehung und des Beweises des Contocorrentvertrags kommt Creizenach allerdings zu ziemlich gleichen Resultaten. Seine abweichende theoretische Construction aber bewirkt, dass wir auch diesen uns nicht ganz anschliessen können. Ueber diese beiden ebenerwähnten Punkte drückt er sich folgendermassen aus:[3]) „Dieser Abschluss (des Contocorrentvertrags) ist stillschweigend schon mit der Contrahirung der die Elemente einer solchen Uebersicht bildenden Geschäfte erfolgt, also längst vor Fertigung, Einsendung und Genehmigung dieser Uebersicht. Mit der Behauptung, eine solche Uebersicht (Contocorrent) liefere den Beweis des Vertrags, sagt man einestheils zu viel und anderntheils zu wenig. Will man sich genau ausdrücken, so muss man sagen: die Aufstellung und gegenseitige Genehmigung dieser sog. Contocorrente liefert den Beweis der einzelnen darin constatirten Geldgeschäfte, und aus der Existenz dieser einzelnen Geschäfte folgt erst der Beweis des stillschweigenden Abschlusses eines Contocorrentvertrags.“

Unser Einwand richtet sich gegen den als für die Entstehung des

[1]) Vg. pag. 77. Anm. 2 oben.

[a]) cf. Grünhut: „Das Recht des Contocorrentverkehrs“ a. a. O. p. 492 nebst Anm. 65, sowie die dort citirten Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. II p. 442; III p. 148; VI p. 251 und 257; VII p. 376; IX p. 243; XII p. 71, XII pag. 155, ferner die Entscheidung vom 17. Mai 1873 (X, p. 100).

[2]) Noblet a. a. O. p. 29: „Quoiqu' à la rigueur un état de compte courant ne puisse guère se concevoir sans écritures, cependant deux individus pourraient être en compte courant sans qu' il y eût des écritures tenues d'une part ni d'autre; l'écriture, qui n'est qu'un des modes de preuve, soit du compte, soit des opérations de ce compte, pourrait être remplacée par une autre espèce de preuve. Aussi a-t-il été jugé qu'il avait pu y avoir eu compte courant entre deux parties, bien que l'une d'elles non commerçante ne présentât aucun livre de commerce“.

[3]) a. a. O. p. 45.

Contocorrents entscheidend angenommenen Moment. Creizenach nimmt den letzteren an schon mit der Contrahirung der die Elemente einer solchen Uebersicht bildenden Geschäfte. Für uns ist diese nackte Thatsache nicht entscheidend. Nicht die durch eine der Parteien, hier den Banquier, verrichteten einzelnen Handlungen, bringen eo ipso den Contocorrent mit sich. Aus dem Bestehen dieser Handlungen kann vermuthungsweise das Bestehen der gegenseitigen Creditgewährung abgeleitet werden. Ist die letztere ausdrücklich abgesprochen, oder sonst bewiesen, dann ist der Eintritt des Contocorrentverhältnisses und dessen Rechtsfolgen sicher.

Dieser Vorbehalt hat nun nicht nur theoretischen Werth. Um seine Bedeutung darzuthun, führen wir eine Stelle bei Noblet [1]) wörtlich an: „Toute fois le consentement seul ne suffit pas pour qu'il y ait compte courant. Car la convention d'être en compte courant ne constitue pas plus le compte que la convention de prêter ne constitue le pret; il faut encore qu' il y ait réalisation. Le compte courant ne commence donc réellement qu'au moment ou il y a remise faite ou bien somme déboursée ou encaissée par l'une des parties pour l'autre. Il n'est pas nécessaire, qu'il y ait remise faite ou bien somme déboursée ou encaissée par l'une des parties pour l'autre. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait remise faite ou bien somme déboursée ou encaissée des deux côtés. Le compte courant existe par le fait du premier article qui y est porté. Car de ce premier article naissent des droits et obligations réciproques pour les parties. Il suit de là qu'un nouveau compte courant qui, par continuation d'un ancien, s'ouvre par un article de solde à nouveau au débit ou crédit de l'une des parties, doit être toujours réputé commencé.“

Mit echt französischer Leichtigkeit wird hier prompte Execution vollzogen. Es fällt Noblet nicht ein, dass es pacta antecedentia giebt, und deshalb „la convention de prêter“, wenn sie auch etwas Anderes als das mutuum selbst ist, doch noch nicht ganz werthlos zu sein braucht. Aber auch abgesehen von jener eine etwas mangelhafte Rechtskenntniss verrathenden Bemerkung, macht die Darlegung selbst ein noch bedenklicheres salto mortale.

Wenn, was Noblet auch aufstellt, zum Contocorrent nur consensus nöthig ist, muss dieser etwas zu bedeuten haben. Wenn ausserdem „réalisation“ gefordert wird, entsteht erst hiermit der Vertrag. Hier scheint aber eine Art Mittelweg geschaffen zu sein. Der Vertrag entsteht bereits consensu. Bestehen aber kann er erst re. Ein weiteres derartiges eigenthümliches Beispiel ist uns nicht bekannt. [a])

[1]) a. a. O. p. 22.

[a]) Wohl aber hat ein neuerer französischer Schriftsteller (Emile Feitu a. a. O. No. 64) den alten copirt: ;„C'est un contrat réel, car il ne reçoit pas sa perfection par le seul consentement des parties; il n'est formé, que lorsqu'il y a eu remise d'une somme d'argent ou d'une valeur. Tant que cette tradition n'a pas lieu, il peut y avoir convention de compte-courant, et cette convention est parfaitement valable—mais le compte-courant lui-même n'existe pas.“ cf. No. 71. Es wird aber hier sowohl, wie bei Noblet (cf. No. 67) deutlich unterschieden zwischen „la convention de compte-courant“, dem Vorvertrag, und „le compte-courant lui même;“ letzterer

Wir bleiben also bei der Ansicht, dass jeder consensus der Parteien ein obligo, und deshalb eine Klage schafft. Der Contocorrentvertrag hat diese allgemeine Eigenschaft, eben weil er Vertrag ist. Wenn die Parteien abgesprochen haben, einander gegenseitig Credit zu gewähren, nachher aber nichts von sich hören lassen, so hat jeder von ihnen eine Klage in id quod interest. Der Contocorrent war bestimmt, mittelst gewisser gegenseitiger Handlungen fremdes Capital zur Erhöhung der eigenen Arbeitskraft benutzen zu können. Zu diesen Handlungen nun kann Niemand gezwungen werden. Sie (nämlich die Handlungen) können auch keine Grundlage für den Schadenersatz abgeben, da zur Zeit des Vertrages die verschiedenen Transactionen weder bekannt waren, noch sein konnten. Diese Grundlage aber liegt für jeden der Contrahenten in dem Fehlen des Credits, welchen sie gegenseitig geben und nehmen sollten.

Bemerkenswerth ist, dass gerade Creizenach dem Contocorrentvertrage eine Bedeutung zuzuerkennen scheint, welche dann allein richtig ist, wenn gegen seine eigene Lehre der Credit als Object desselben angesehen wird. „Die lex contractus,“ sagt er,[1] „hat nun wesentlich zu bestimmen, bis zu welchem Betrage der Banquier Schatz- und Zahlmeister des Correspondenten sein soll, er dessen Tratten zu honoriren, Zahlungen für ihn zu leisten u. s. w. verpflichtet sein soll. Wir sagen nun ohne Anstand, dass, wenn etwa ausnahmsweise darüber nichts Ausdrückliches bestimmt worden, dieser sg. Credit allerdings juristisch ein ungemessener sein wird, was übrigens in der Praxis, die immer factische Anhaltspunkte finden wird ihn in concreto auf ein vernünftiges Mass zurück zu führen, auch nichts zu sagen hat.“

Dieser Satz scheint uns richtig zu sein,[2] aber er passt nicht in das System jenes Schriftstellers. Wenn sich nämlich der Banquier durch den Contocorrentvertrag mit oder ohne Bestimmung des Betrages zur Dienstleistung verpflichtet, so kann die Partei den Dienst oder den aequivalenten Schadenersatz fordern, je nachdem sie Erfüllung oder Ersatzleistung verlangt. Ist jedoch der Credit kein Object jenes Vertrages, so kann im ersten Falle der Dienst angeboten, aber der Credit verweigert werden, während im zweiten Falle der Mangel des Credits kein Element der Schadenersatzforderung abgeben kann. Es kann deshalb weder von „gemessenem,“ noch von „ungemessenem“ Credit die Rede sein.

§ 26. Rechtsfolge des Contocorrents.

Die Rechtsfolge des Contocorrentvertrags besteht darin, dass die in debet und credit eingestellten Summen (Posten) als Factoren einer Endziffer zu betrachten sind. Letztere wird an dem bestimmten oder ge-

entsteht und besteht erstre, der Vorvertrag consensu nach der Ansicht jener Schriftsteller. Es scheint mir der Irrthum durch die Vermischung und Verwechslung von Contocorrentvertrag und Contocorrentverkehr (s. Grünhut a. a. O. p. 501) entstanden zu sein. Vergl. übrigens auch Ledru-Rollin Répertoire général, (Journal du Palais) Tom. IV s. V° compte-courant (p. 167 ff.) No 11—14; und Dalloz ainé répertoire etc.) Tom. XI, V° compte-courant No. 29; 33 I°.

[1]) a. a. O. p. 44.

[2]) Vergl. p. 70, Anm. 1 oben.

bräuchlichen Termine berechnet und als Saldo festgestellt. Die Kraft der Uebereinkunft liegt daher in der Schaffung eines nexus, einer Verbindung und eines Zusammenhangs zwischen verschiedenen gegenseitigen Handlungen, welche, bestünde jene Uebereinkunft nicht, selbstständig und ihren eigenen Rechtsregeln unterworfen blieben. So lange die Rechnung läuft, m. a. W. während der ganzen Zeit, welche der Contocorrentenvertrag deckt, kann keines von den Resultaten jener Handlungen (Posten) aus jenem Verbande losgelöst werden, und zur Grundlage einer Klage oder Einrede dienen.[1] [a]) Sie bilden zusammen die Elemente der Rechnung

[1]) Völlig richtig entschied daher das Appellationsgericht in Limburg durch Urtheil v. 26. Juni 1871 in Cassation eines Urtheils des Bezirksgerichts Mastricht v. 23. März 1871 W. No. 3434. „In Erw., dass im Falle der Existenz eines Contocorrents zwischen zwei Parteien, die eine von der andern nicht einige zum Contocorrent gehörige Posten, sondern nur den Saldo zu ihren Gunsten, welcher bei Schluss und Ende des Contocorrents ihr zukommen kann, zu fordern berechtigt ist."

Ganz verkehrt: Urtheil des Bezirksgerichts Amsterdam v. 30. Dec. 1863, M. v. H., VI 1864, p. 35 Rechtsspr. „Durch den Contocorrent (mag ein bestimmter Vertrag vorliegen, oder nicht) geht die Befugniss nicht verloren, die Rechte aus einem speciellen Vertrage zu verfolgen." Vgl. p. 27, Anm. 1 oben.

Durchaus richtig dagegen wieder: Urtheil des Bezirksgerichts Amsterdam v. 21. Nov. 1867, M. v. H., III 1861, p. 294 Rechtsspr. „Eine laufende Rechnung über **gegenseitige** Handelsgeschäfte, welche mit einem eventuellen Saldo zu Lasten oder zu Gunsten einer der beiden Parteien schliessen soll, ist Contocorrent." Dasselbe Princip spricht ein Urtheil des Bezirksgerichts Rotterdam v. 31. Oct. 1866 aus (W. v. H. No. 2889), worin entschieden ist, dass es zu der Natur eines Contocorrents gehöre, dass gegenseitige Forderungen zwischen den Parteien bestehen, (mit der weniger richtigen Zufügung) dass diese durch Schuldvergleichung einander aufheben.

Vgl. einen gleichlautenden Nachsatz eines zu Antwerpen am 7. Nov. 1871 gefällten Urtheils in M. v. H., XIV 1872, pag. 209 sub. No. 4.

In der deutschen Rechtssprechung: 1) Urtheil des Oberhofgerichts Mannheim a. 1850, (Seuffert's Archiv VIII, No. 159) „Nach der Natur des Contocorrentvertrages, als eines Uebereinkommens, durch welches Handelsleute in ein gegenseitiges dauerndes Creditverhältniss treten, können die einzelnen Posten des Contocorrents nicht als Zahlungen auf die Gegenforderungsposten betrachtet werden; es begründet vielmehr während der Dauer jenes Verhältnisses jeder einzelne Posten, sobald er in die laufende Rechnung übergeht, jeweils eine neue Forderung, beziehungsweise Gegenforderung, welche zu den bereits bestehenden hinzukommt, und diese zusammengenommen sind dann als ein untheilbares Ganzes, als eine einzige Uebereinkunft zu betrachten, in der Art, dass die bei dem Rechnungsabschluss nach Gegenüberstellung der gegenseitigen Forderungen sich ergebende Differenz, der sg. Saldo, das Schuldverhältniss der Parteien zusammenfasst und feststellt. Dieser Saldo ist es dann erst, welcher der Gegenstand der Zahlung wird."

2) Urtheil des Obertribunals Berlin 1868, (Seuff. Arch. XXIV, No. 260, auch Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XV, p. 540): „Insoweit herrscht unter den Lehrern des Handelsrechts und den höchsten Gerichtshöfen Deutschlands kaum noch ein Streit, und ebenso wenig über die Folgerung daraus, dass keine Aufrechnung einzelner Creditposten gegen gewisse einzelne Debetposten, insofern dies nicht besonders bedungen wird, keine Zahlung oder Compensation von Posten gegen Posten und keine Ausklagung einzelner Creditposten im Laufe der Rechnungsperiode stattfindet, so lange das Contocorrentverhältniss überhaupt nicht unterbrochen wird, sondern dass erst ein Contocorrentschluss eine fällige Forderung resp. Schuld ergibt. Der Contocorrentvertrag enthält mit andern Worten für jeden Theil, dem Andern gegenüber, die Bedingung, das Resultat der hin- und herlaufenden Geschäfte

als Theile eines Ganzen, welches erst als solches, nämlich als Ganzes, mit dem Ablauf der Rechnung, also bei der Berechnung, für die Analyse greifbar ist.

abzuwarten und keine einzelne Forderung oder Zahlung als solche, sondern nur als Factoren des Saldo's geltend zu machen."

3) Urtheil des Oberappellationsger. Dresden 1857, (Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. II, p. 436): „Es kann (wo aus einer zwischen zwei Personen schon längere Zeit hindurch bestandenen Geschäftsverbindung aus einer laufenden Rechnung geklagt wird) dem Kläger nicht gestattet sein, einzelne Geschäfte aus dem Zusammenhang herauszureissen, und aus solchen einzeln zu klagen, vielmehr ist es zur Schlüssigkeit der Klage erforderlich, sämmtliche während der Dauer der Geschäftsverbindung zwischen beiden abgeschlossene Geschäfte, sowie die darauf geleisteten Zahlungen, das gesammte Contocorrent, in die Klage aufzunehmen."

4) Urtheil des Appellationsger. Celle 1868, (Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XII, p. 208): „Vielmehr characterisirt sich der (Contocorrent)-Vertrag hauptsächlich dadurch, dass nach der Intention beider Theile Leistungen und Gegenleistungen in fortdauernder Beziehung auf einander stehen, und im Resultate als ein einheitliches Ganzes behandelt werden sollen. Bei einem Contocorrentverhältniss in diesem Sinne können aber die gesetzlichen Vorschriften über Imputation von Zahlungen, die auf eine Mehrzahl von Forderungen ohne besondere Bestimmung geleistet und angenommen werden, keine Anwendung finden. In der Regel werden in einem derartig complexen Geschäftsverkehr die Leistungen des einen und des andern Theils, auch wenn sie in baarem Gelde bestehen, überhaupt nicht als Zahlungen, d. h. Tilgung des gegnerischen Guthabens, sondern als Mittel zur Gewinnung von Creditposten in der Rechnung, also vielmehr als zur demnächstigen Ausgleichung bestimmte compensando aufzufassen sein. Credit und Debet in der laufenden Rechnung sind zwar ihrem Grunde nach aus der Eigenthümlichkeit jedes Postens zu beurtheilen, äussern aber ihre Wirkung nur in der Totalität als active und passive Elemente des resultirenden Saldo's."

5) Reichsoberhandelsgericht 21. März 1871, (Entscheidungen II, p. 138, offic. Ausgabe, vgl. die sehr genaue und gründliche Systematik der Rechtslehre dieses höchsten deutschen Gerichtshofs, bearbeitet von Dr. Calm, betitelt: Rechtsgrundsätze der Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Berlin 1873, Rechtsgr. 272): „Nach seinem Begriffe und Wesen setzt der Contocorrentvertrag voraus, dass nach der Absicht der Contrahenten während der durch die Rechnungsabschlüsse gebildeten Perioden die Leistung des einen Contrahenten nicht zur Tilgung einer bestimmten einzelnen Zahlungsverpflichtung desselben dienen, eine Compensation zwischen einzelnen Forderungen und Gegenforderungen nicht eintreten solle, sondern dass die Leistungen und Forderungen auf jeder Seite als ein Ganzes behandelt und die resultirenden Summen zur Ermittelung der Differenz verglichen werden sollen, welche letztere, als Saldo, entweder von dem Schuldner zu berichtigen, oder in dessen Debet der neuen Rechnungsperiode als erster Schuldposten vorzutragen ist. Demgemäss gehen die einzelnen Rechnungsposten in den Abschlusssummen des Credit und Debet und mit diesen in dem Saldo auf. Hieraus aber folgt, dass — sofern keine besonderen Abreden entgegenstehen — einzelne Forderungen, auf welche sich der Contocorrentvertrag bezieht, nicht als selbstständige geltend gemacht werden können, gleichviel von welcher Art sie sind, und auf welchem Rechtsgrunde sie beruhen. Gerade in dieser consumirenden Kraft manifestirt sich die rechtliche Bedeutung des Contocorrentverhältnisses, wie solches durch den Handelsgebrauch zur Entstehung und Ausbildung gebracht worden und in den Gesetzgebungen zur Anerkennung gelangt ist. (Dasselbe Princip ist wörtlich wiederholt, also auf's Neue bekräftigt in dem Urtheil des Reichsoberhandelsgerichts vom 22. Juni 1872. Entsch. VI, p. 250).

6) Entscheidung des Reichsoberhandelsger. v. 19. Sept. 1871, (Entscheidungen III, p. 148; Dr. Calm a. a. O. Rechtsgr. 271): „Der kaufmännische Contocorrentverkehr beruht auf der ausdrücklichen oder stillschweigenden Einigung

Aus demselben Princip folgt zugleich, dass vor dem Ablauf des Contocorrentverhältnisses weder eine Extinctiv- noch eine Acquisitiv-Verjährung irgend eines jenem Verhältniss unterworfenen Postens möglich ist. Es ist dies die Anwendung der Regel: agere non valenti non currit praescriptio.[1] [b])

der Contrahenten, wonach eine Reihe von wechselseitigen Leistungen und Gegenleistungen nicht als ein Aggregat getrennter und selbstständig verfolgbarer Ansprüche und Gegenansprüche bestehen, sondern eine rechtlich untrennbare Verbindung von Rechnungsfactoren für ein Gesammtergebniss dergestalt bilden soll, dass allein dies letztere — der in periodischen Abschlüssen zu ermittelnde Saldo — als die selbstständige Forderung des einen Theils resultirt. Wesentlich ist also dem Contocorrentgeschäft, dass auf beiden Seiten Leistungen gemacht werden, welche — für sich selber genommen — zur Begründung von Gläubiger — Ansprüchen geeignet sind. Unvereinbar ist mit seiner Natur, dass nur auf der einen Seite sich an sich selbstständige Forderungen summiren und die Leistungen der andern Seite nur in deren successiven Tilgung bestehen. Denn im letzteren Falle bezwecken diese Leistungen gegen die Regel des Contocorrentverkehrs gerade die Solution einzelner, nicht als Leistungen aus einem Vertragsverhältniss cohaerirender, sondern nur durch fortgeführte Rechnung äusserlich verbundener Posten — sei es nach besonders vereinbarter, sei es nach gesetzlich vorgeschriebener Tilgungsordnung."

7) Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 24. Januar 1872, (Entsch. V, p. 42): „Die Entscheidung der Frage, ob bei bestehendem Contocorrentverhältnisse ein einzelner Anspruch getrennt und mit einer besondern Klage geltend gemacht werden könne, oder ob nur der am Schlusse der jedesmaligen Rechnungsperiode verbliebene Saldo eingeklagt werden dürfe, wird bestimmt durch das auf mündlicher Abrede beruhende oder aus den obwaltenden Umständen zu entnehmende concrete Vertragsverhältniss." Diese Entscheidung bezieht sich auf eine Wechselregressforderung, welche von einer der in Contocorrentbeziehung stehenden Parteien besonders geltend gemacht wurde Da die Absicht, jene Forderung ausserhalb dieses nexus zu lassen, deutlich erhellte, liess sie der Gerichtshof zu. (vergl. Urtheil v. 6. Sept. 1871, Entsch. III, p. 142.) In letzterem Urtheil wies sie der Gerichtshof ab.

[a]) cf. Entsch. des ROHG v. 10. Dec. 1873, (XII, p. 156); v. 17. Sept. 1874, (XIV, p. 76); v. 18. März 1875, (XVI, p. 310); v. 15. Juni 1876, (XX, p. 105) und Grünhut a. a. O. p. 506, Anm. 92 und Feitu a. a. O. No. 244. cf. Entsch. des deutschen Reichsgerichts v. 6. Juni 1882 abgedruckt in der „Deutschen Juristenzeitung", Bd. VII, p. 291 und p. 307.

[1]) Creizenach a. a. O. p. 73 „Es ergibt sich die wichtige Folge, dass vor dem Abschlusse des Contocorrents keinerlei Verjährung für die einzelnen, denselben als seine Elemente bildenden, Forderungen, möglich ist, da actio nondum nata und also der Lauf der Verjährung noch nicht begonnen war."

Ebenso Urtheil des Obergerichts Wolfenbüttel 1868, (Seuff. Arch. XXIII, No. 160): „Zwar hat sich die Wissenschaft zumeist mit dem Contocorrentverhältniss beschäftigt, soweit es zwischen Banquiers, Kauf- und Handelsleuten in Gebrauch und Uebung ist; allein es zeigt ein Blick in den Verkehr des gewöhnlichen Lebens, dass auch unter Angehörigen anderer Stände Contocorrentverhältnisse über Leistungen und Gegenleistungen in tagtäglicher Uebung sind und auch, wenn sie unter solchen Personen vorkommen, rechtlichen Schutz finden." „Fragt man nun, welchen Einfluss das unter den Parteien bestehende Contocorrentverhältniss auf die Verjährung der einzelnen, im Contocorrent befangenen Rechnungsposten äussern, so kommt in Betracht, dass vermöge dieses Verhältnisses die sämmtlichen Leistungen und Gegenleistungen zusammengefasst nur den einen und einzigen Gegenstand des Vertrags bilden. Alle einzelne Posten des Credit, wie des Debet, erscheinen nur als einzelne Bestandtheile des Schlusssaldo. Die Zahlungen, resp. Lieferungen werden à Conto geleistet, d. h. im Zweifel mit der Absicht, dadurch

Auf den ersten Blick erscheint dieses Wesen des Contocorrents befremdend. Es sieht einem chemischen Processe gleich, welcher verschiedene ungleichartige Stoffe zu einem organischen Ganzen verbindet. Aber gerade diese Wirkung jener Uebereinkunft ist schwerlich zu bezweifeln. Bei einigem Nachdenken wird es sogar klar, dass in jener rechtlichen Folge gerade die Gründe ihrer Existenz liegen.

Man braucht, um zu diesem Resultate zu kommen, nur die Absicht sich zu vergegenwärtigen, womit die Parteien die Beziehung anknüpfen. Die gegenseitige Creditgewährung auf übliche oder vorausbestimmte Zeit kann keinen andern Sinn haben, als den, dass die gegenseitigen Handlungen, so lange die Rechnung läuft, weder eine Schuld, noch eine Forderung ergeben sollen. Jede Einnahme und jede Ausgabe nimmt ihren Platz in der Rechnung ein. Die erstere tilgt zunächst so wenig eine Schuld, als die letztere eine Forderung schafft. Gerade diese natürliche Eigenschaft der gegenseitigen Posten in debet und credit, welche sich geltend machen würde, wenn diese Posten sich selbst überlassen wären, wollten ja die Parteien ausschliessen. Sie geben einander für einen bestimmten Zeitabschnitt Credit, um dann auf einmal das gegenseitige Verhältniss übersehen zu können. Sie wollten nicht, dass jede Einnahme als Minderung oder Zahlung einer jeden Ausgabe gelten solle. Sie wünschten gerade im Gegentheil, dass erst die ganze Reihe von Einnahmen zur Zahlung oder Minderung der ganzen Reihe von Ausgaben dienen solle.

Keine Compensation also und keine Imputation, so lange die Rech-

einen Activposten in der laufenden Rechnung zu gewinnen, und die einheitliche Zusammenfassung aller einzelnen in das Contocorrent tretenden Geschäfte hat zur Folge, dass keine einzelne Leistung als einzelne Entlastung des einen oder des andern Contrahenten von einer einzelnen, im Contocorrentnexus stehenden Verbindlichkeit betrachtet werden kann. Alle Posten der Leistung und der Gegenleistung stehen sich als Bestandtheile der activen resp. der passiven Werthmenge gegenüber, welche nach der eigenthümlichen Natur des Contocorrentverhältnisses im Saldo zur Ausgleichung gebracht werden sollen.

Eine weitere Folge hiervon ist aber auch, dass einzelne Rechnungsposten, die im Contocorrentverhältnisse befangen sind, nicht ausgeklagt werden können, so lange das Contocorrentgeschäft noch nicht abgeschlossen oder beendigt ist. Erst mit der Geschäftsvollendung erhält es seine Klagbarkeit; diese Vollendung aber tritt ein durch Mittheilung des Schlusssaldo, wodurch der Abschluss des Contocorrents von der einen oder andern Seite erklärt wird, oder durch Abbruch des Contocorrentverkehrs.

Da nun vor Erhebung der Klage das unter den Parteien bestehende Contocorrentverhältniss durch ein Saldoziehen nicht zum Abschlusse gebracht ist und da eine Klage hinsichtlich einzelner Posten aus einzelnen Zeiträumen des Contocorrent während dessen Dauer sich als unstatthaft zeigt, so kann auch erst mit der Klagbarkeit des fragl. Contocorrents der Lauf der Verjährung von der letzten, in diesem Verhältnisse stattgehabten Leistung an datiren."

[b]) cf. Dalloz ainé a. a. O. Nr. 108; Feitu a. a. O. No. 231, welcher Letztere jedoch an letzterer Stelle als Grund angibt, dass „il y a novation"; in No. 330 ff. versucht er dies wieder mit Bezug auf einige Entscheidungen zu modificiren oder zu revociren; cf. auch Urtheil des cour de cassation von Paris v. 10. Janvier 1872, (J. P. 1872, p. 40) und für England und Nordamerika die Citate bei Grünhut a. a. O. p. 507, Anm. 96; vergl. auch das oben p. 103, Anm. a citirte Urtheil des deutschen Reichsgerichts vom 6. Juni 1882.

nung läuft [c]) — das ist eine eiserne Regel auf dem Gebiete des Contocorrents.[1]) Sie ist die praktische Anwendung der gegenseitigen Creditgewährung, gleichsam deren Uebersetzung in die Sprache des Rechts. Während der Dauer der Rechnung bleiben die Rechtsfolgen der gegenseitigen Handlungen (Posten) ohne Wirkung, in suspenso. Bei dem Schlusse der Rechnung sind die Posten zu einem debet oder einem credit zusammengeschmolzen.

Dieser zeitweise Stillstand einer jeden Compensation, diese zeitweise Wirkungslosigkeit der gegenseitigen Schuldnerschaft ist der Kern des Contocorrentvertrags. Seinem ganzen Wesen wird Zwang angethan, wenn man sich nicht volle Rechenschaft von jenem Grundsatze gibt. Diese Gefahr droht um so eher, als die Vorstellung, welche von der Wahrheit am weitesten entfernt ist, am nächsten zu liegen scheint.

c) cf. Grünhut a. a. O. p. 507, Anm. 94 und 95 und die dortigen Citate; vergl. Entsch. d. cour de cassation v. 18. Dec. 1871 (S. 1872, I 223) v. 12. août 1873 (S. 1875, p. 315) und Anm. 3 in Sirey recueil etc. hierzu; Sirey a. a. O. 1877, II p. 249, Anm. 1, 2, 3, 4; Feitu a. a. O. No. 234.

1) Mit Beziehung auf den besonderen Fall der Reclamation (Vindication) im Concurse huldigt unser Gesetz dieser Regel in art. 243 des Handelsgesetzbuchs. Um reclamiren zu können, darf der Absender weder zur Zeit der Uebersendung, noch nachher (natürlich aber vor der den Contocorrent schliessenden Fallit-erklärung; vgl. § 32 infra) Schuldner des Falliten für irgend einen Betrag gewesen sein. Dieser Fall nun (Zulassung also der Reclamation) wird bei einem Contocorrentverhältnisse wohl nie vorkommen, es sei denn, dass zufälliger Weise der Absender während der ganzen Dauer des Verhältnisses nur Creditposten gehabt habe. Hatte er nämlich vor der Uebersendung nur einen Debetposten, welcher, ebenso vor der Uebersendung, durch die Posten in seinem Credit voll aufgewogen war, so würde er auch dann zur Zeit der Uebersendung, also während das Contocorrentverhältniss noch fortdauerte, hinsichtlich jenes einen Debet-Postens Schuldner gewesen sein. Hier tritt mithin die im Text erwähnte Regel in's Licht. Wir vermissen diese Motivirung unserer Gesetzesbestimmung sowohl bei Asser c. s. ad art. 243 des Handelsgesetzbuches, als bei Trostorff: über Reclamation oder Rückforderung bei Handelsgeschäften Rotterdam 1861, p. 59. Was die Auffassung aber des art. 243 H.-G.-B. betrifft, so können wir durchaus nicht mit einem Urtheil des Bezirksgerichts Breda v. 3. August 1858 (W. No 2032) übereinstimmen, wodurch unsers Erachtens das Wesen des Contocorrentverhältnisses durchaus verkannt wird. Bei einer von einem Banquier [im Sinne des art. 74 W. v. K.—R.] angestellten Reclamation von Wechseln, welche er einem anderen später fallit gewordenen Banquier zum Incasso eingesandt hatte, erwägt das Gericht, dass die Begründung oder Nichtbegründung der Klage von der Frage abhänge, „ob die Kläger, während jener Zusendung oder kurz darauf Schuldner des Fallirten waren oder nicht." Die Worte: „kurz darauf" sind unrichtig, aber gleichgültig. Durchaus nicht gleichgültig ist es aber, dass das Gericht bei der Stellung der Frage die Worte: Schuldner waren statt des gesetzlichen Ausdrucks gewesen waren brauchte. [α]) Dadurch nämlich kam es dazu, ganz gegen die durch den Contocorrentnexus geschaffene Einheit, zu untersuchen, welches die Position am 10. Februar 1855 war, während es hätte untersuchen müssen, wie die Position gewesen war während des Laufes der Rechnung als eines Ganzen bis zu deren Schluss durch das Fallissement. Fand es während dieser Zeit, gleichgültig wann, auch nur einen rechtmässigen Debetposten des Klägers, so hätte aus diesem Grunde die Forderung abgewiesen werden müssen.

α) Das hat die nicht ganz klare Fassung des art. 243 mitverschuldet. Die Bestimmung des art. 281 des côde de comm. von 1808, (aufgehoben durch Gesetz vom 28. Mai 1838) welchem die

Schon einmal sind wir dieser Vorstellung begegnet. [1] [a]) Ihre Nachwirkung und ihre Spuren findet man zahllose Male in der Rechtssprechung sowohl, als in der Doctrin. Contocorrent ist eine Art der Compensation, behauptet man. Gerade das Gegentheil, und nicht weniger als das Gegentheil ist wahr. Will man diese Wendung beibehalten, so sollte man sagen: Contocorrent ist eine Art der Nicht-Compensation. Die Compensation beginnt, wenn der Contocorrent aus ist, d. h. wenn der Saldo gezogen wird. Vor dieser Zeit ist alles nur ein Factor des Endresultats.

Dass Thöl in einen ähnlichen Irrthum verfallen konnte, ist lediglich daraus erklärlich, dass er nicht ex industria unserm Gegenstande seine Aufmerksamkeit gewidmet hat. „Wenn Kaufleute, sagt dieser Schriftsteller, [2]) in dauernder Geschäftsverbindung, und daher in einem gegenseitigen Creditverhältniss [3]) (in laufender Rechnung — in Contocorrent) stehen, Freunde, Correspondenten, so werden zur Zeit des Rechnungsabschlusses von jedem Einzelnen die Schulden und Forderungen an den Andern, das debet und credit, gegen einander berechnet, und die für den einen Theil sich als Credit herausstellende Differenz, der „Saldo", ist dann Gegenstand der Zahlung. Dieser Saldo, der also das Resultat einer Reihe von Compensationen oder theils Compensationen, theils Zahlungen ist, [b]) wird dann entweder bezahlt oder — zu Gute geschrieben." [c])

[1]) S. pag. 27, Anm. 1 oben.

[a]) So werden auch nach der irrigen Meinung von Eisele (Die Compensation nach röm. und gem. Recht, Berlin 1876) „die einzelnen Forderungen, wie sie successive auf der einen oder anderen Seite entstehen, von dem in dem Contocorrentvertrage ein für allemal erklärten Compensationswillen sofort ergriffen, und rechtlich existirt unter den Contrahenten jeder Zeit nur eine Saldoforderung des Einen an den Anderen".

[2]) Handelsr. 4. Aufl., p. 595.

[3]) Beiläufig bemerken wir, dass auch hier die Gegenseitigkeit des Credits in den Vordergrund gestellt ist.

[b]) Der nämliche Irrthum findet sich in einem sich offenbar an die vorgedachte Thöl'sche Stelle anlehnenden Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt a./M. vom 6. April 1868 (mitgetheilt im Urtheile des kgl. Obertribunals vom 22. Jan. 1868 z. S. Siebert contra Schmöle vom 22. Sept. 1868 in Goldschm. Zeitschr. XV, p. 542): „Das Wesen des Contocorrentverhältnisses besteht ja eben darin, dass die Posten im Soll und Haben .. beständig sich balanciren ... eine Reihe von Compensationen oder theils Zahlungen, theils Compensationen bilden, deren Resultat der Saldo ist" . . . „Jene Balancirung tritt aber nicht etwa erst mit solchem Abschlusse ein, sondern wirket als Compensation und Ausgleichung auch während des Laufes der Rechnung . . ."

[c]) In der 5. Auflage, Leipzig 1875 I, 2 p. 459 unterscheidet Thöl in gewohnter Schärfe den Fall des einfachen Contocorrentverhältnisses und dem „eigentlichen Contocorrentverhältniss." Das im Text Gerügte wird hier nur für den ersteren Fall wiederholt; während hinsichtlich des eigentlichen Contocorrentverhältnisses gesagt wird, dass hier „der Saldo nicht das Resultat einer Reihe von Compensationen oder theils Compensationen, theils Zahlungen ist,

holländische Norm entlehnt ist, sagte in unzweideutiger Weise: „la revendication . . . cessera d'avoir lieu, si, à l'époque des remises, il [le propriétaire des remises] était debiteur d'une somme quelconque," cf. Creizenach 1873, p. 38. R.

So grosse Achtung wir auch vor diesem scharfsinnigen Gelehrten haben, die Definition des Saldo's als „das Resultat einer Reihe von Compensationen oder theils Compensationen, theils Zahlungen" scheint uns ein nicht überdachter Zusatz zu sein. Der einzige Grund für die Existenz des Saldo's ist die Begründung einer einzigen Compensation. Das Einzige, was die Parteien mit dem Vertrage beabsichtigten, ist der Ausschluss jeder zwischenzeitlichen Compensation.

Ein Blick nur auf das Wesen der Compensation zeigt, dass sie vor der Feststellung des Saldo's mit dem Wesen des Contocorrents unvereinbar ist. „Die dabei zu Grunde liegende Idee, sagt Vangerow,[1]) ist dann die, dass aus Gründen der aequitas fingirt wird, der die Zahlung fordernde Gläubiger habe seinerseits an den angegriffenen Schuldner Zahlung geleistet, und dieser habe das Empfangene an den klagenden Gläubiger bezahlt — so dass sich demnach die Compensation nach der treffenden Begriffsbestimmung von Noodt herausstellt als eine mutua solutio juris interpretatione quasi per brevem manum facta."[2]) Compensation thut also den Dienst der Zahlung. Die Parteien aber wollten einander nicht bezahlen für einen bestimmten Zeitabschnitt, nämlich bevor die Rechnung abgelaufen und der Saldo aufgemacht ist. Aus diesem Grunde kamen sie überein, sich gegenseitig Credit zu gewähren.

Hat man einmal dies Princip erkannt, so lässt das höchst einfache Resultat sich leicht erklären. Ebenso begreiflich aber ist es, dass man bei unrichtiger Einsicht in das Wesen des Contocorrents, um sein offenbares Ziel: den Saldo zu erklären, allerhand juristische Kunststücke versucht. Eine dieser zum Wenigsten sonderbaren Constructionen glauben wir in einer Schilderung Dernburg's zu finden. Sie lautet folgendermassen:[3])

(wie dies der Fall ist bei dem einfachen Contocorrentverhältniss) sondern eines einfachen Rechenexempels, nämlich der Additon der Creditsummen (oder, was gleich ist, der Debetsummen) eines Jeden, welche zwei Gesammtsummen, die beiden Abschlusssummen ergibt, und der Subtraction der geringeren Abschlusssummen von der grösseren."

Allerdings ist damit nur der factische Vorgang richtig dargestellt, eine juristische Construction aber nicht gegeben; cf. R. Römer, Abhandlungen aus dem röm. Recht etc. III, p. 130.

[1]) Pandecten III, Anm. 1, I, p. 350 (7. Ausg.)

[2]) Wir wissen wohl, dass Dernburg (Compensation 2. Ausg., p. 358) dieser Begriffsbestimmung nicht zustimmt, dass er darthut, dass die Compensation der Zahlung zwar gleichstehe, aber nicht mit ihr zusammenfalle: „Zahlung und Compensation sind also verschieden in der Form der Handlung, durch welche sich die Tilgung hier und dort vollzieht, nicht weniger in dem juristischen Zustande, welcher durch beide Acte geschaffen wird, desgleichen selbst in dem practischen Effecte für den Gläubiger, endlich in den Motiven, welche beiden Weisen der Tilgung zu Grunde liegen." (ibid. p 362.) Von unserm Standpunkte aber ist dieser Unterschied nicht genügend. Jedenfalls gibt ja auch Dernburg (ibid. p. 363) zu: „dass Compensation bei aller specificischen Verschiedenheit gleichwohl denselben öconomischen Grundcharakter, wie die Zahlung, an sich trägt." Aus diesem Grunde nennt er auch die Compensation: „ein Befriedigungsmittel." Gerade die Befriedigung aber der gegenseitigen Forderungen wollen die Parteien während des Contocorrents ausschliessen.

[3]) Compensation p. 591.

„Es ist weiter denkbar, dass die Parteien sich im Voraus dahin verständigen, dass die einzelnen künftig zwischen ihnen aus einer Geschäftsverbindung entstehenden Forderungen nicht isolirt zur Geltung kommen sollen, dass vielmehr eine Forderung nur auf das Resultat entstehen soll, wie es sich bei schliesslicher Abrechnung ergibt. Dergleichen findet sich insbesondere bei Eröffnung des Contocorrents seitens eines Banquiers zu Gunsten eines Geschäftsfreundes. Juristisch characterisirt sich das Contocorrentgeschäft unserer Ansicht nach als Novation. Es werden nämlich von vornherein alle in Folge der Geschäftsverbindung wechselseitig entstehenden künftigen Forderungen, seien es nun contractliche oder aussercontractliche, für den Fall ihres Entstehens so novirt, dass nur das Saldo zahlbar ist, [a]) welches sich in den ausdrücklich oder usancemässig fixirten Perioden nach Abzug der Passiven ergibt. Nicht die Eintragung in den Contocorrent bewirkt also, wie man vielfach unrichtig behauptet hat, eine Novation, ebensowenig der Contocorrentabschluss oder die Annahme des Saldo seitens des Correspondenten. Diese Eintragung und der Contocorrentabschluss hat nun den Zweck, die Rechtsverhältnisse festzustellen und zur Anerkennung zu bringen. Der Novationsvertrag liegt vielmehr in der Verabredung des Contocorrentverhältnisses selbst, welche bei Abschluss der Geschäftsverbindung geschah. Die einzelnen zwischen den Contrahenten abschwebenden Verhältnisse bestimmen sich daher zunächst nach der ihnen innewohnenden Natur als Depositum, Mandat und dergleichen. Gleichwohl werden sie durch den Contocorrentvertrag zu Factoren der auf das Saldo gehenden, sie gleichsam verschlingenden einen Obligation herabgesetzt.“

Hier wird die sonderbare Lehre vertheidigt, dass der Contocorrentvertrag sein soll: eine a priori auf Schulderneuerung aller Verpflichtungen aus später zwischen den Parteien entstehenden Rechtsverhältnissen gerichtete Uebereinkunft. Die verschiedenen Handlungen (Posten) sollen deshalb kein Rechtsverhältniss schaffen, sondern zufolge des Parteiwillens auf den Saldo hinauslaufen, der die einzige Grundlage der Forderung liefert.

Durch diese Darstellung ist der Saldo als selbstständige causa debendi gerettet. Um die juristische Natur aber dieses Saldo's sind wir — wie sich später zeigen wird — am wenigsten verlegen. Vielmehr fragt es sich an dieser Stelle und in diesem Zusammenhange, wie der

[a]) cf. A. Boistel Précis de droit commercial, pag. 610. „La novation résulte de ce que les créances portées au compte courant perdent immédiatement leur existence propre; elles sont éteintes et remplacées par la créance du solde . . Ainsi une créance née d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, une fois portée au compte, cessera d'être prescriptible par cinq ans; le solde où elle sera fondue ne sera soumis qu'à la prescription de trente ans Il en sera de même d'une créance d'intérêts portée au compte courant. Ainsi encore une créance civile inscrite dans un compte courant commercial, perdra son caractère civil, et le solde, qu'elle aura contribué à former sera une créance purement commerciale.“

Saldo in die Welt kommt, m. a. W. welche Natur der Willenserklärung der Parteien zuerkannt werden muss, welche ihn ins Leben ruft.

Wie diese Willenserklärung eine Schulderneuerung genannt werden kann, können wir uns schwer vorstellen. Hat sie diesen Character, so werden die verschiedenen zwischen den Parteien vorgenommenen Handlungen, insoweit sie zu Verpflichtungen Anlass geben, schon aufgehoben, bevor sie entstanden sind. An ihre Stelle kommt eine Verpflichtung, deren Umfang im Augenblick der Eingehung des Contocorrentvertrags unsicher ist. Auf der andern Seite soll die Höhe des Saldo's nicht dadurch bestritten werden können, dass man die einzelnen Posten prüft. Der Beklagte, der z. B. bestreitet, dass seine Effectenverkaufsordre gehörig ausgeführt worden, welcher einen Schaden behauptet u. s. w. müsste sich im Hinblick auf die neue causa debendi den Einwand des Klägers gefallen lassen, dass jene Handlungen als solche gar nicht vorgenommen wurden. Daher müsste man zu dem exorbitanten Resultat kommen, dass die Bestandtheile des Saldo's, selbst vor dessen Anerkennung, kraft des Contocorrentvertrags, keiner Untersuchung unterworfen werden könnten. Höchst wahrscheinlich ist dies nicht die Absicht Dernburg's. Daher vielleicht auch seine Bemühungen, den einzelnen Posten neben dem Saldo ihre besondere Natur zu wahren. Wir meinen die letzten beiden Sätze der soeben erwähnten Stelle. Es ist uns aber nicht klar, wie bei der juristischen Construction, welche jener Schriftsteller vorhergehen lässt, der in jenen Sätzen ausgedrückte Gegensatz erklärt werden kann.

Wie uns dagegen jede andere Ansicht von der angeblich in dem Contocorrentvertrag liegenden Schulderneuerung irgend weiter bringen soll, können wir ebensowenig einsehen. Diese Schulderneuerung müsste doch, soll sie irgend etwas bedeuten, folgendermassen definirt werden: Die Parteien kommen überein, was sie einander ex quacunque causa schuldig werden möchten, einander als Saldo zu bezahlen. Dieser Saldo nun wird angenommen, oder bestritten. Ist Ersteres der Fall, so ist es völlig zwecklos, richtet sogar Verwirrung an, die Verpflichtung zur Zahlung des Saldo's auf den Contocorrentvertrag zu gründen. Im letzten Falle aber wird — vorausgesetzt, dass Dernburg jeder Partei die Befugniss gibt, gerichtlich oder aussergerichtlich die einzelnen Posten der Rechnung herauszunehmen — sein „Novationsvertrag“ gerade da wirkungslos, wo er sich geltend machen sollte. Wir begreifen aber vollends nicht, inwiefern Parteien in anderer Lage sein sollten, falls ihre Willenserklärung nicht als Schulderneuerung gelten könnte. Eine Darstellung aber, die entweder zu den eben nachgewiesenen Ungereimtheiten führt, oder doch der Kenntniss des Begriffes weder etwas ab- noch zuthut, kann unseres Bedünkens die richtige nicht sein. [1])

[1]) Auf die hier besprochene Auffassung scheint uns die Aeusserung Bähr's (Anerkennung p. 170) anwendbar: „Weit weniger im Klaren ist man über den heutigen Bestand derjenigen Stipulationen, welche aus dem Verhältnisse zwischen den Contrahenten selbst ihre causa entnehmen. Zwar wird in allen Lehrbüchern

§ 27. Posten des Contocorrents.

Die verschiedenen und gegenseitigen Handlungen der Parteien, welche mit einander den Contocorrentvertrag geschlossen haben, kürzer: in Contocorrent stehen, können von verschiedenartigster Natur sein. An und für sich betrachtet ist es unmöglich, vorab zu bestimmen, zu welcher Klasse von Verträgen sie gehören können. Man müsste, um den Anfang der Verbindlichkeit zu bestimmen, die Art der gegenseitigen Verpflichtung, oder, wo von Dritten die Rede, auch die der Letzteren, in jedem einzelnen Falle untersuchen. Der eine Correspondent kann und wird meistens auf Grund eines speciellen oder generellen Mandats für den Andern zahlen, auf sich ziehen lassen, acceptiren, interveniren, Aval zeichnen, Vorschüsse leisten, Garantien eingehen, Delegationen annehmen, Eincassirung vornehmen, Depositen erhalten u. s. w. Fast das ganze Rechtsgebiet liefert daher den Grundstoff zur gegenseitigen (Contocorrent-) Beziehung.

Eine nähere Betrachtung also der gegenseitigen Operationen müsste, bei deren unendlicher Verschiedenheit, auf's Geradewohl herumtasten. Deshalb ist diese nähere Betrachtung, es sei denn, dass man Lust verspürte, bei Gelegenheit des Contocorrents das ganze Gebiet des Handelsrechts zu durchlaufen, ziemlich überflüssig. Kein handelsrechtlicher Vertrag verändert als solcher seine Natur, je nachdem er zwischen Personen geschlossen wird, die in Contocorrent oder nicht in Contocorrent stehen.

die Novation als ein noch practisches Institut aufgeführt und gesagt, dass sie heutzutage durch formlosen Vertrag stattfinde. Dabei denkt man aber gewöhnlich an eine vertragsmässige Umwandlung des Objects der Obligation, und weiss deshalb mit der (in diesem Sinne nicht gegebenen) Vorschrift in c. 8 de novat. nicht fertig zu werden. Was für eine Bedeutung eine Novation habe, welche sowohl Personen als Object der Obligation unverändert lässt, und wie eine solche heutzutage vorkommen könne, darüber findet man meist sehr unklare Ansichten".

Diese Unklarheit hat wenigstens ein Gutes. Sie hat uns Bähr's verdienstvolle Auseinandersetzung über die Kraft der stipulatio debiti und über ihre Bedeutung auch für das heutige Recht verschafft. Immer kommt man auf die Alles beherrschende Frage zurück, ob nach heutigem ebenso wie früher nach römischem Rechte eine Novation zwischen denselben Parteien Platz greifen, ob also unser (im römischen Sinne) Nicht-Formalcontract jene Rechtsfolge ebenso wie die frühere Stipulation haben könne, vgl. Salpius, Novation und Delegation p. 492, wo zugleich die Literatur zu finden ist. Unsere Ansicht über das Verhältniss zwischen Schulderneuerung und Schulderneuung ist oben [NB. in dem hier nicht abgedruckten historischen Theile p. 58 R.] auseinandergesetzt. Es ist klar, dass die letztere (stipulatio debiti) völlig unbrauchbar zur Erkenntniss des Contocorrents als Vertrages ist. Um eine Schuld erneuen zu können, muss sie bestehen. Dernburg spricht von einer Novation für die Zukunft. Diese muss also die eigentliche Novation, und kann nicht die accessorische Stipulation sein. „Zunächst ist soviel klar, sagt Bähr a. a. O. p 56, dass überall, wo die Stipulation auf ein noch in der Zukunft zu begründendes Verhältniss, also auf eine causa futura, Bezug nahm, nur von einer Stipulatio ob causam die Rede sein konnte. Denn eine bestehende Schuld muss jederzeit ihre Grundlage in der Vergangenheit haben." Mit der eigentlichen Novation aber, wie sie im Text dargestellt ist, wissen wir uns in diesem Zusammenhange keinen Rath.

Die Contocorrentverbindung umfasst alle ihr unterstellten Handlungen. Sie bleibt aber völlig ohne Einfluss auf die eigenartige Natur dieser Handlungen.

Vom Standpunkte des Contocorrents — welcher allein für unsern Zweck von Interesse — entsteht zwischen den verschiedenen Handlungen erst dann ein gemeinschaftliches Kennzeichen, wenn sie als Posten in den Contocorrent eingestellt werden. Die debet- oder credit-Natur eines Postens ist rechtlich völlig gleichgültig. Was für die eine Partei debet ist, wird für die andere credit sein und umgekehrt. Diese Eigenschaft ist also an sich selbst rein factischer Natur.

Das soeben erwähnte gemeinschaftliche Kennzeichen aber ergibt sich aus einem sehr natürlichen Umstande. So verschieden die einzelnen Handlungen unter einander sein können, so lange das Stadium ihrer Ausführung dauert, so besteht doch eine ebenso grosse Identität unter ihnen, sobald dies Stadium beendigt ist, und sie in den Contocorrentnexus aufgenommen sind. Welche Geschäfte auch die Parteien vorgenommen haben mögen, soviel steht fest, dass jede Operation auf eine Geldschuld hinausläuft, und diese als Posten im Contocorrent ihre Stelle einnimmt. [a])

Mit dieser Buchung ist die Debet- oder Credit-Ziffer abgeschlossen, und zwischen den Parteien festgestellt, zu welchem Betrage der Eine des Andern Schuldner ist. Es ist nun wohl von selbst klar, dass im practischen Handelsverkehr die Buchung ohne Wissen des Correspondenten nicht geschieht. [b]) Dieser erlangt natürlich Kenntniss von der Ziffer, wofür er nach Ablauf eines jeden Geschäfts debitirt oder creditirt wird. Er antwortet gewöhnlich, dass er von jener Be- oder Entlastung Vormerkung genommen habe. In jedem Fall kann er Bemerkungen machen oder den Posten bestreiten. Thut er dies nicht, so ist der Posten nach Handelsstyl für gutbefunden, rechtlich anerkannt. [1]) [a])

a) cf. Entsch. des Reichsgerichts vom 22. Mai 1880 (II, p. 263).

b) Und zwar nicht nur bei der sp. Staffelrechnung, wie Grünhut a. a. O. p. 525, Anm. 144 meint.

1) Vgl. Brinkmann, Handelsr. p. 67: „Wo Jemand ein Widerspruchsrecht hatte, und davon keinen Gebrauch machte, ist Stillschweigen Einwilligung (wenn ein Geschäftsverhältniss besteht).“ Ebenso Endemann, Handelsr. p. 473: „Wenn bei bestehender Geschäftsverbindung einem Kaufmann ein Auftrag ertheilt wird, so wird sein Schweigen als Annahme des Auftrags betrachtet.“ Als positives Recht ist dies Princip in art. 323 des A.-D.-H.-G.-B. aufgenommen. Aus dem Worte: Auftrag ist kein argumentum a contrario für einen Antrag (Mittheilung) zu entnehmen nach den Protocollen p. 4578—4580, vgl. von Hahn, Commentar zum A.-D.-H.-G.-B. art. 323.

Die Rechtssprechung vor der Einführung jenes Gesetzbuches ist übereinstimmend:

Urtheil des Oberappellat.-Ger., Lübeck vom 30. Jan. 1874: „In einem streitigen Falle wird aus dem Nichtbeantworten eines Briefes ein Zugeständniss gefolgert.“ (Kletke, Samml. von Präjud. I, No. 84).

Urtheil desselben Gerichtshofs v. 18. Juli 1855 „Die Praxis behandelt — insbesondere in Betreff der Correspondenz unter Kaufleuten — die Unterlassung prompter und bestimmter Antwortserklärungen der Briefempfänger als diesen letz-

Der soeben geschilderte Verlauf der Dinge hat Noblet in doppelter Richtung irre geführt. Da ihm die Creditnatur des Contocorrentvertrags nicht klar ist, sieht er nicht, dass die Einheit, welche der letztere in die gegenseitigen Handlungen bringt, seine ausschliessliche, aber auch entscheidende Rechtsfolge ist. Auf der andern Seite fühlt er, dass der Contocorrent, soll er ein Vertrag sein, als solcher Rechte und Pflichten schaffen muss.

Diese nun schildert er in der That in dem Haupttitel: des effets du compte-courant (a. a. O. p. 37.) Wird aber der Nexus bei Seite gestellt oder nicht genügend begriffen, so entsteht sofort eine optische Täuschung. Man wird dann als Rechtsfolge des Contocorrents das erscheinen lassen, was auf die Geschäfte sich bezieht, welche als Posten im Contocorrent erscheinen.

Diesem Irrweg, einer Folge des wichtigen Fehlers: Verkennung der Creditnatur des Contocorrents, folgt Noblet mit unverwüstlicher Ruhe. Sehr gewissenhaft behandelt er hintereinander, und, um Nichts zu vergessen, unter besonderen Nummern 1° prêt, 2° mandat ou commission, 3° cession ou transport und 4° dépôt.[1]) In diesen verschiedenen Betrachtungen, die einen nicht unansehnlichen Raum einnehmen, kann ungemein viel Wissenswerthes stehen. Ihr Hauptfehler ist aber, dass sie in eine Abhandlung über den Contocorrent nicht gehören. An und für sich würde das ja kein grosser Fehler sein. Es wird nur zum Fehler in Folge der Menge von Begriffsverwirrungen, die dadurch in's Leben gerufen werden.

Betrachten wir nur den Ausgangspunkt Noblet's bei der Schilderung der Rechtsfolgen seines Contocorrentvertrages: „Si comme tous les autres

teren präjudicirlich, vorausgesetzt, dass die für die Beantwortung in Betracht kommenden brieflichen Mittheilungen in gehöriger Weise und re integra gemacht worden sind, und der Eingang einer Antwort und deren Inhalt von Einfluss auf das Verhalten des Briefstellers sein können. (Kletke ibid. I, No. 85).

In gleichem Sinne Urtheil des R.-O.-H.-G. vom 29. October 1870, (Entsch. I, p. 81): „Der Handelsgebrauch geht zwar dahin, dass thatsächlich im Geschäftsverkehr, vornehmlich unter Kaufleuten und bei Gelegenheit eines schon bestehenden Vertragsverhältnisses auf Mittheilungen und Anfragen, soweit solche dazu Anlass geben, alsbaldige Erklärung zu erfolgen pflegt, allein eine Rechtspflicht dazu doch nur unter besondern Umständen besteht, falls nämlich die Unterlassung der Erklärung als Verletzung der im Handelsverkehr zumal nothwendigen Beobachtung von Treu und Glauben erscheinen würde."

Endlich l. 60 D. 50. 17: Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione.

[a]) Der Brinkmann'sche Satz ist offenbar unrichtig; nicht ein Widerspruchsrecht verpflichtet zur Ausübung dieses Rechtes, sondern eine (auf Gesetz, Vertrag, oder den Grundsätzen der bona fides beruhende) Widerspruchspflicht zur Ausübung dieser Verpflichtung. cf. weitere Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts in der offic. Ausgabe II, p. 24; II p., 88; III, p. 117; IV, 203—206; IX, p. 406; X. 188; XII, p. 102—103; XIII, p. 46; XXII, p. 131—132; XXIV, p. 196.

[1]) a. a. O. p. 43.

contrats," sagt er,[1] „le contrat de compte courant se forme par le consentement réciproque des parties, il se rapporte à d'autres contrats pour son exécution. Les effets du compte varient donc suivant la nature des contrats intervenus. Nous allons considérer le compte courant sous le point de vue de chacun des contrats qu'il renferme nécessairement ou accidentellement."

Nach der Vorstellung Noblet's also hätte der Contocorrent verschiedene Folgen, je nachdem diese oder jene Handlung unter seiner Herrschaft vorgenommen wurde. Er, der Contocorrent — ein modernes juristisches Kamaeleon — muss abwechselnd vom Standpunkt eines der Contracte betrachtet werden, deren Nomenclatur oben angegeben ist. Daher wird denn auch in der That bei jedem dieser Contracte untersucht, ob er ein essentiale des Contocorrentvertrags bildet, oder nicht.

Nichts ist unsers Erachtens mehr von der Wahrheit entfernt als diese ganze Auffassung. Im Speciellen kann und braucht sie nicht widerlegt zu werden, weil der Gedankengang und der Standpunkt jenes Schriftstellers völlig unrichtig ist. Toute question bien posée est à demi résolue — wenn eine Darstellung verkehrt angefangen ist, so können doch zufälliger Weise einzelne richtige Bemerkungen darin vorkommen. Jedesmal aber wird man gehemmt durch die Mangelhaftigkeit oder den gänzlichen Mangel des leitenden Grundgedankens.

Es ist unwahr, dass der Contocorrentvertrag „hinsichtlich seiner Ausführung auf andere Verträge verweist." [a]) Es ist also unwahr, dass seine Rechtsfolgen je nach diesen andern Verträgen wechseln. Der ganze Begriff, also die ganze Forschung nach dem oder jenem essentiale oder Nicht-essentiale des Contocorrents fällt sonach in sich zusammen.

Contocorrent ist ein Rahmen für andere Verträge. Er verpflichtet nicht mehr und nicht weniger zur Erfüllung, als jeder andere Vertrag. Seine Ausführung ist die Schaffung eines Nexus, wie sein Wesen gegenseitige Creditgewährung ist. Seine Rechtsfolgen ändern sich nicht, sondern fangen erst an in Wirksamkeit zu treten, wenn die einzelnen Handlungen aufgehört haben Verträge zu sein, und die Form von Schulden (debet und credit) angenommen haben. Diese Handlungen (Verträge) haben also eigentlich mit dem Contocorrent nur insofern etwas zu thun, als sie den Grundstoff zu dessen Posten abgeben.

[1]) a. a. O. p. 43.

[a]) cf. M. D. Dalloz ainé in der oben (pag. 12, Anm. a) angeführten Stelle; Ledru-Rollin a. a. O. No. 10, „Selon Mr. Pardessus (No. 475) le compte-courant crée entre les commerçans une espèce de contrat, qui tient suivant les circonstances du mandat, du prêt ou du depôt irrégulier." Man wird dies Alles aber äusserst vernünftig finden, wenn man hört, dass noch im Jahre 1860 Mr. Dufour, Decan der Rechtsfacultät in Toulouse, in einem essai d'une théorie juridique des comptes courants (cf. Recueil de l'Academie de legislation de Toulouse t. IX, p. 185 ff.) den Satz aufstellt: „le compte-courant constitue un être de raison formé par les parties sans notification au public" (p. 196) . . . Der Contocorrent eine juristische Person! Und mit dieser Theorie setzt sich Feitu durch volle zwölf Druckseiten a. a. O. (p. 56—68) auseinander!

Von diesem Standpunkte aus kann man sich denn auch keine sonderbarere Frage denken, als die nach den sogenannten: articles en dehors du compte courant. Noblet behandelt sie wieder mit der peinlichsten Genauigkeit:[1] „Par articles en dehors du compte courant," sagt er, „nous entendons ceux à l'égard desquels le correspondant n'a pas la disposition des fonds touchés ou à toucher, parce qu'il doit garder ces fonds, soit pour les remettre à son cédant, soit pour les appliquer à une destination indiquée. Comme ces articles, bien que ne faisant pas réellement partie du compte courant, sont souvent passés dans les écritures, nous devons examiner à quelle espèce de contrat ils se rapportent et à quels droits et obligations ils donnent lieu."

Also — die Posten hinsichtlich deren die gegenseitige Creditgewährung der Vereinbarung gemäss nicht Platz greifen soll, geben Noblet noch zu einer besonderen Untersuchung Veranlassung. Wir unsererseits würden, wenn Jemand an uns die nüchterne Frage stellen sollte, was Rechtens sei hinsichtlich der Posten, welche ausserhalb des Contocorrents bleiben sollen, die ebenso nüchterne Antwort geben, dass solche Posten absolut nichts mit dem Contocorrent zu thun haben. Sind sie trotzdem „passés dans les écritures", nun gut — so entfernt man sie wieder daraus. Hier haben droits et obligations Nichts zu thun. Die Parteien müssen nur dem Contocorrentvertrag Folge leisten. Dieser kann nun alle Handlungen umfassen. Er kann aber auch einige aussondern, also hinsichtlich dieser die Creditgewährung zwischen den Parteien ausschliessen. Es ist dies eine mehr factische, keine principielle Frage.[a])

[1]) a. a. O. p. 89.

[a]) Was Wechselansprüche betrifft, so hat sich die Praxis des Reichsoberhandelsgerichts dahin festgestellt, dass, sofern es sich um die Erfüllung des von den im Contocorrentverhältniss stehenden Personen geschlossenen Wechselvertrages handelt, der Anspruch auf Erfüllung der Wechselverbindlichkeit von separater Einklagung ausgeschlossen sein soll, wenn die Ausschliessung nach Inhalt des Contocorrentvertrags oder der dem Wechselgeschäft zu Grund liegenden Vereinbarung als von den Contrahenten beabsichtigt angesehen werden könne; Entsch. vom 27. März 1872 (V p. 337 ff.);

Das Erkenntniss vom 6. September 1871 (III p. 143 ff.) drückte schon das damit im Einklang stehende Princip aus, dass solche Wechselansprüche (welchen dann später kaufmännische indossable Verpflichtungsscheine, wenn sie auf Geldzahlung lauten, gleichgestellt wurden, (cf. Erkenntn. vom 17. Sept. 1877; XXII p. 337) im Zweifel auch während der Dauer eines Contocorrentverhältnisses separat einklagbar sind; ein Verzicht auf das Regressrecht sei nicht zu präsumiren, vielmehr sei anzunehmen, dass in Rücksicht gerade auf dieses Recht die Forderung erworben worden sei; aus dem Handelsbrauche aber, dass der Wechselempfänger die Valuta dem Wechselgeber ohne Weiteres als Baarzahlung in das Credit der laufenden Rechnung stelle, könne, zumal dies in der Voraussetzung geschehe, dass die Wechselschuld getilgt werde, für den Empfänger also eine Regressverpflichtung resp. eine Veranlassung seines Wechselregressrechts nicht entstehen werde, nicht auf die Absicht geschlossen werden, die event. entstehende Wechselforderung nicht als solche geltend zu machen. cf. Erk. vom 3. Sept. 1872 (VII p. 43, 47); vom 5. April 1873 (IX p. 245) und vom 8. Nov. 1873 (XI p. 308 ff.)

Demgemäss wird in einem Falle, wo die Klägerin selbst in jeder Rechnungsperiode während der Dauer des Contocorrentverhältnisses Wechsel für den Bekl.

§ 28. **Posten des Contocorrents** (Fortsetzung).

Der zweite, nicht weniger gewichtige, Irrthum Noblet's bezieht sich auf die eigentlichen Posten, d. h. auf die Endziffer, worauf die verschiedenen Handlungen hinauslaufen. Bemerkenswerth ist, dass er hier mit einem ganz richtigen Satze anfängt, um gleich darauf, aus Mangel an

eingelöst und demselben die dafür verwandten Summen debitirt hatte, und in einem anderen Falle, wo Klägerin den streitigen Regressanspruch unter einem vor dem Tage des Abschlusses der Rechnungsperiode liegenden Datum in den der Verklagten eingesandten Contocorrent eingetragen hatte, der im obenerwähnten Erkenntniss vom 6. Sept. 1871 vorgesehene Ausnahmefall als vorliegend erachtet, und dem Contocorrentvertrage der Parteien ausnahmsweise eine Auslegung gegeben, vermöge welcher er die Wechselforderungen des Klägers derartig mitumfasst habe, „dass letztere, gleich anderen Forderungen durch ihre Aufnahme in die laufende Rechnung zur Berichtigung gelangen sollen. „In ihrer Buchung muss mit Rücksicht darauf, dass sie regelmässig stattgefunden, und sich . . . auf jede Wechselforderung erstreckt hat, in Ansehung jeder einzelnen von diesen eine Offerte des Klägers erblickt werden, sie als blosse Activpost zu behandeln. Die Acceptation dieser Offerte liegt aber in der Anerkennung des bezüglichen Saldo durch Fortsetzung des Contocorrentverkehrs"; cf. Entsch. vom 24. Januar 1872 (V p. 41); vom 27. März 1872 (V p. 337 ff.) und vom 22. Juni 1872 (VI p. 254).

Die früheste Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 21. März 1871 (II p. 137 ff.) hatte, ohne irgend eine der vorerwähnten Restrictionen zu machen, einer Vorderinstanz vorgeworfen, den (von der Nichtigkeitsbeschwerde formulirten) Rechtsgrundsatz verletzt zu haben: „während der Dauer eines Contocorrentverhältnisses findet die Ausklagung einzelner Creditposten, selbst wenn sie aus Wechseln herrühren, im Laufe der Rechnungsperiode nicht statt", hatte also einen solchen Rechtssatz ohne jede Einschränkung anerkannt (cf. Entsch. v. 25. April 1871; II p. 221). Die oben bereits erwähnte Entscheidung v. 6. Sept. 1871 versuchte jedoch die Aufstellung jenes Satzes aus dem in dem erstgedachten Erkenntniss vorausgesetzten und ihm zu Grunde liegenden Thatbestande zu erklären, indem dort speciell verabredet gewesen sei, es solle dem Verkl. Credit in laufender Rechnung durch Darlehen und Discontirung von Wechseln gegeben werden, so dass sich eben der Contocorrentvertrag ausdrücklich auch auf Wechselansprüche mitbezogen habe, und fand so die Ueberleitung zur späteren Praxis.

Ich stimme dem in der frühesten Entscheidung vom 21. März 1871 bezw. vom 25. April 1871 ausgedrückten Gedanken zu, und vermag daher die Theorie des R.-O.-H.-G., wie sie schliesslich sich festgestellt hat, nicht als richtig anzuerkennen.

Diese Theorie dreht den wahren Sachverhalt m. E. geradezu um.

Mit dem (einseitigen) Acte der Creditirung eines jeden Wechsels (oder dem gleichstehenden Werthes) im Contocorrent drückt der Creditirende seine Ueberzeugung aus, dass die Uebersendung des qu. Wechsels in Folge des zwischen ihm und dem Einsender des qu. Werthes bestehenden gegenseitigen Creditverhältnisses erfolgt sei, dass sonach m. a. W. der betr. Werth in den Contocorrent gehöre. Wäre Dem nicht so, so würde er die Buchung des betr. Werthes im Contocorrent zu unterlassen haben, und unterlassen.

Gewiss ist es möglich, dass diese Buchung nur irrthümlich erfolgt ist; dann steht Nichts im Wege, dass dieser Irrthum durch Stornirung, d. h. durch Wegschaffung aus dem Contocorrent, mit dem der betr. Posten von Anfang an Nichts zu thun hatte, beseitigt werde; aber diese letztere Thatsache muss bewiesen werden.

An und für sich gilt jede Zusendung von Werthen, welche zwischen zwei im Contocorrent-Nexus stehenden Personen geschieht, als Folge ihres auf gegenseitige

scharfer Unterscheidung, auf eine falsche Fährte zu gerathen. „Lorsque les parties,“ sagt er, „consentent réciproquement à ce que des valeurs déterminées entrent en compte courant, elles se reconnaissent par là re-

Creditgewährung gerichteten Vertrages, und muss daher im Contocorrent, der ein Bild der in Folge dieses Vertrages vorgenommenen Geschäfte geben soll, seine Stelle finden; die allgemein übliche Buchung solcher Werthe im Contocorrent ist nur eine Anerkennung dieses Grundsatzes. Es kann sich daher die Fernhaltung eines Wechsels vom Contocorrent nur auf eine ausdrückliche oder stillschweigende (aus den Umständen mit Nothwendigkeit sich ergebende) Vereinbarung der Parteien stützen*). Diese Vereinbarung der Nichtaufnahme stellt dann die Ausnahme, die Aufnahme aber des betr. Werthes in den Contocorrent die Regel dar. Hieraus aber ergibt sich zugleich:

Stellt sich nach der Zusendung heraus, dass (weil die betr. Rimesse etc. nicht bezahlt wird) der Absender den Empfänger keinen Credit gewährt hat, dass er ihm also keinen Geldwerth zur Verfügung gestellt hat, so muss der Absender wieder im Contocorrent debitirt werden, und eine abgesonderte Regressklage des Empfängers gegen den Absender ist (wenn nicht einer jener vom Empfänger zu beweisenden Ausnahmefälle vorliegt) unmöglich, weil Dies dem auf gegenseitige Creditgewährung gerichteten Vertrage widersprechen würde.

Bei Nichteingang des betr. Werthes zeigt es sich, dass der Empfänger den Absender mit Unrecht creditirt hatte, nicht weniger, aber auch nicht Mehr; dass der Empfänger den Credit, den er erhalten wollte und sollte, nicht erhalten hat. Deswegen aber darf und kann der Absender nicht seines Anspruchs auf Creditgewährung, der ja ein gegenseitiger ist, verlustig gehen; ein Anspruch also auf Zahlung gegen ihn ist eben um jenes ursprünglichen, alle Beziehungen der Parteien regelnden, auf gegenseitige Creditgewährung innerhalb eines bestimmten Zeitraums gerichteten Vertrages willen unmöglich (selbstredend immer vorausgesetzt, dass nicht einer jener obengedachten Ausnahmefälle vorliegt). —

Die Absicht „die entstehende Wechselregressforderung nicht als solche geltend zu machen“ soll somit nach Obigem nicht, wie das R.-O.-H.-G. irrig annimmt,**) aus der Thatsache geschlossen werden, dass der Kaufmann solche Wechsel sofort als Baarzahlung zu creditiren pflege, somit seine Absicht zu erkennen gebe, event. die ohne Grund erfolgte Creditirung durch Debitirung des Betrages wieder zu beseitigen, sondern soll und darf nur auf den Contocorrentvertrag selbst gestüzt werden.

Ist ein solcher geschlossen, so ist eben nicht anzunehmen, dass „in Rücksicht auf dies Regressrecht die Forderung erworben worden“ (R.-O.-H.-G. a. a. O.). Das gerade Gegentheil folgt aus dem ursprünglichen Vertrage, und ist daher allerdings „ein Verzicht (auf dies Regressrecht) nicht zu präsumiren“, sondern ausdrücklich erklärt, indem die Parteien jenen Vertrag abgeschlossen haben.

Die Behauptung, dass mit Rücksicht gerade auf das Regressrecht die Forderung erworben worden, setzt sonach die Feststellung einer auf event. Zahlung eines Postens, also auf das Gegentheil von Creditgewährung, gerichteten speciellen (Ausnahme)-Vereinbarung voraus. (Vrgl. Thöl a. a. O., 5. Aufl. p. 463, No. 3 a. E., wo jedoch Gründe für die im Resultat mit Obigem übereinstimmende Ansicht nicht angegeben sind).

Die vom R.-O.-H.-G. gemachten Unterscheidungen sind daher m. E. sowohl verwirrend, als unnöthig, und fällt daher auch die künstliche und an sich bedenk-

*) Also dass speciell Wechsel oder diese Wechsel vom Contocorrent ausgeschlossen sein sollten; oder dass die betr. Wechsel zur Deckung eines bestimmten Contocorrent-Postens, oder eines bestimmten Geschäftsverhältnisses dienen sollen, bezügl. dessen die Parteien gar nicht im Contocorrent versehen stehen etc.

**) Entsch. vom 6. Sept. 1871 (III p. 143).

spectivement créancières ou débitrices de ces mêmes valeurs. Le compte courant devient le titre qui constate dorénavant la créance de l'une des parties et l'obligation de l'autre. Il suit de là, que, si les parties portent en compte courant des sommes précédemment dues par l'une d'elles à l'autre à un titre quelconque, il y a extinction de l'obligation précédente par l'effet de la novation.

Ainsi, en cas de vente de marchandises par l'une des parties à l'autre la passation du prix en compte courant solde la vente. De même la passation en compte courant des sommes que le mandataire a touchées pour son mandant équivaut à leur restitution. Ainsi encore, entre deux correspondants dont l'un est commissionaire, la passation en compte courant des droits de commission éteint le droit du commissionnaire au

liche Annahme des Erkenntnisses vom 27. März 1872 (V p. 337 ff), dass in der regelmässig stattgehabten Buchung von Wechselforderungen eine Offerte gesehen werden müsse, sie als Activposten zu behandeln, deren Acceptation in der Anerkennung des Saldo's durch Fortsetzung des Geschäftsverkehrs gefunden wird, von selbst hinweg. —

Auch die französische Praxis, so scheint es mir, folgt allgemein dem Grundsatze, dass zur Zulassung eines Wechselregressanspruchs des Empfängers gegen den Einsender eines unbezahlt gebliebenen Wechsels während der Dauer des Contocorrent-Vertrages zwischen beiden Parteien eine besondere Vereinbarung, also eine richterliche thatsächliche Feststellung des Inhalts nöthig sei, dass der betreffende Wechsel „était resté en dehors du compte-courant, et affecté à une destination spéciale"; cf. code de comm. art. 574; Feitu No. 105—110 und die dort citirten Entscheidungen, von welchen namentlich interessant ist das Urtheil der cour de cassation vom 4. avril 1865 (Sirey 1865, I 155), welches anerkannte, dass eine spec. Vereinbarung, gewisse valeurs hors du compte-courant zu lassen, zulässig sei, dabei aber diese Vereinbarung characterisirte als eine „dérogation au contrat qui règle les relations de crédit, objet du compte-courant." Von neueren nach dem Erscheinen des Feitu'schen Buches erlassenen Entscheidungen des französ. Cassationshofes vergl. den arrêt vom 12. avril 1876; (Sirey 1877, I 165), welcher, nachdem das Urtheil der cour d'appel de Toulouse vom 21. août 1874 festgestellt hatte: „qu'il résulte avec évidence . . de toutes les circonstances de la cause, que le billet à ordre dont Ferand d'Honorat et Co. poursuivent le paiement solidaire contre le tireur et l'endosseur (NB. Letzterer ist der mit der Firma Ferand d'Honorat et Co. in Contocorrentverbindung stehende Frespuech), ne leur a été transmis par Frespuech qu'a titre de provision spéciale . . . et que cette affectation particulière, résultant de la convention des parties, qui n'est pas incompatible avec les règles du compte-courant, place le billet à ordre, dont s'agit, en dehors de ce compte et autorise le porteur qui en est devenu propriétaire à en réclamer le paiement", dies Urtheil aus folgenden Gründen bestätigt hat:

> . . . attendu qu'il a éte reconnu dans l'espèce, que, nonobstant son inscription matérielle au crédit du compte de Frespuech sur les livres de la maison Ferand d'Honorat, le billet Prades était resté en dehors du compte-courant et affecté à une destination spéciale; que des lors, le fait, qu'il aurait été contre passé au débit, loin de modifier cette situation . . . ne peut être considéré que comme ayant fait sortir matériellement l'effet du compte, ou il ne devait pas figurer;"

vergl. cour de cass. vom 25. juin 1862 (S. 1862, I 975) und vom 10. janvier 1872 (S. 1872, I 25) sowie die Anmerkung 1 und 2 der Herausgeber in Sirey 1877, I 165.

paiement de ces mêmes droits. Enfin, la passation en compte courant par un négociant à son agent de change d'effets de commerce, pour couvrir des différences d'opérations de bourse ne permet plus la revendication de ces mêmes effets.“ [a])

Hätte der Schriftsteller die gegenseitige Schuldanerkennung, die er nur andeutet, in den Vordergrund gestellt und im Auge behalten, so würde er auch den wahren Character der Contocorrentposten erkannt haben. Er würde dann nicht den Contocorrent als Titel der neuen Verpflichtung angesehen haben. Ebensowenig würde er der Einstellung in den Contocorrent einen Novationscharacter beigelegt haben. [1]) Er würde vielmehr den Rechtsgrund der Posten in der Anerkennung entdeckt haben. Der Anerkennung der Ziffer würde er die Kraft zugeschrieben haben, eine neue Verpflichtung zu schaffen, ohne dass die alte (die sich aus der Handlung ergebende) aufgehoben wird. Mit einem Worte: er würde erkannt haben, dass bei den Posten des Contocorrents jene Anerkennung Platz greift, welche lange Zeit verkehrter Weise novatio cumulativa genannt wurde. [2])

[a]) So auch (aber in völlig unklarer und wohl absichtlich unklarer Weise Ledru-Rollin a. a. O. No. 31 unter Bezug auf Pardessus No. 52): „L'insertion d'un article au compte-courant a pour effet d'opérer une espèce de novation en ce sens que la créance particulière qui existait primitivement se trouve confondue avec les autres éléments du compte et ne peut plus en être séparée; on n'a plus égard à sa nature primitive, elle prend celle du compte courant; ferner Dalloz jurisprudence générale 1867—1877 s. v° compte-courant No. 19: „L'insertion de créances dans un compte-courant emporte novation“; M. D. Dalloz ainé repertoire etc. a. a. O. No. 42 . . . „si des sommes précédemment dues par l'une des parties à l'autre à un titre quelconque sont passées en compte-courant il y a extinction de la première dette par l'effet de la novation; ebenso Delamarre und Le Poitvin a. a. O. tom. V, p. 382—383; von Neueren cf. Feitu a. a. O. No. 11, II° und insbesondere No. 199: „la novation constitue un effet principal et essentiel du compte-courant: novation des créances passées en compte-courant“, wobei er in naiver Weise (No. 200) hinzufügt: „il ne faut pas étonner que ce soit une novation sui generis, parceque le compte-courant est lui même un contrat sui generis!“ ebenso vielfach die französ. Praxis: cour de cass. v. 8. März 1853 (Sirey 1854, I 769) cour de cass. v. 18 Janv. 1854, (Sirey 1854, I 241) und v. 19. Oct. 1859 (S. 1861, I 77) und cour de cass. v. 29. Nov. 1871 (S. 1872, I 70); Henri Da (du contrat de compte-courant Paris 1877), welcher sogar diese angebliche Novationsabsicht der Parteien mit in die Contocorrent-Definition aufnimmt, stellt zur Rechtfertigung seiner Novationstheorie p. 139 den Satz auf: „là où il n'y a plus d'action, on peut dire, qu'il n'y a plus de créance!“ Auf dem Gebiete des Contocorrents scheint in der That Alles (s. auch oben Anm. a zu p. 113) erlaubt zu sein; cf. gegen die Novationstheorie Creizenach a. a. O. (1873) p. 18 u. 19; Grünhut a. a. O. p. 502 und 503, und Entscheidung des Reichsgerichts vom 16. Nov. 1880 (Entsch. III, p. 17).

[1]) Dieselbe Kritik glauben wir richten zu können gegen ein schon pag. 5, Anm. 1 oben mitgetheiltes Urtheil des Gerichtshofs Middelburg vom 5. Juli 1865 in M. v. H. VIII 1866, p. 187 Rechtsspr., welches als Criterium der Contocorrentposten aufstellt: „dass doch vor Allem erhellen muss, dass die Einstellung von Posten in den sogenannten (?) Contocorrent geschehen ist, um die Schuld zu erneuern.“

[2]) Arndts Pandekten p. 467, Anm. 5: „In der modernen Terminologie hat man eine novatio privativa und cumulativa unterschieden, je nachdem die Ab-

Jedenfalls war Noblet der Wahrheit nahe, da er die Schuldanerkennung für die Contocorrentposten als Ausgangspunkt nahm. Es kann ihm vielleicht, bei geringerer Bekanntschaft mit den Resultaten der deutschen Doctrin, nicht zum Tadel angerechnet werden, dass er auf halbem Wege stehen blieb. Dieser mildernde Umstand aber darf unsers Bedünkens Creizenach nicht zu Gute kommen, dessen Widerlegung Noblet's viel unrichtiger ist als die bestrittene Lehre selbst.

Jener drückt sich nämlich folgendermassen aus:[2]) „Es ist also durchaus unrichtig, wenn Noblet meint, dass durch die Eintragung der einzelnen Geschäfte in den Contocorrent eine Novation bewirkt werde. Sie behalten vielmehr ihre ursprüngliche Natur und der Contocorrent begründet lediglich ein unter besonderen rechtlichen Gesichtspunkten aufzufassendes Verhältniss der einzelnen Geschäfte zu einander, und dieses Verhältniss hat wieder keine anderen rechtlichen Wirkungen, als solche bezüglich der einzelnen Geschäfte in ihrem Complexe, mit anderen Worten, des Rechnungsergebnisses, des Saldo's. Noblet's Ansicht hängt mit der andern ebenso unrichtigen Vorstellung zusammen, als erfolge die Einrechnung der einzeluen Artikel in den Contocorrent stets nur in Folge besonderer Verabredung. Wäre dies auch der Fall, so würde und könnte doch in dieser speciellen Convention kein animus novandi liegen. Sie würde nicht darin liegen, weil die convenirte Eintragung in den Contocorrent nichts weiter ist, als ein Consens über den Betrag der sich ergebenden Schuldforderung oder Schuldentlastung. Sie könnte aber auch gar nicht darin liegen, weil ja dann ganz die Grundsätze fehlen würden, nach welchen das angeblich novirte Geschäft, das dann kein Mandat, kein Depositum u. s. w. mehr wäre, beurtheilt werden könnte. [a]) Es tritt vielmehr die geradezu schnurstraks entgegengesetzte Erscheinung ins Licht, dass selbst nach Abschluss des Contocorrents jeder Contrahent in Folge der einzelnen Geschäfte noch ex mandato u. s. w. klagen kann, z. B. weil die commissionsweise verkauften Effecten unter ihrem Course oder später als die Verkaufsordre lautete, berechnet worden. Immer aber begründet die Eintragung eines Postens in den Contocorrent blos die Festsetzung des Quantums, um welches das gegenseitige Rechnungsverhältniss, nach momentan bekannten Umständen hin, ein anderes geworden ist. Selbst der Abschluss und die Ausgleichung des Saldo's alterirt nicht die dabei etwa unberücksichtigt gebliebenen Rechte aus den einzelnen Verträgen, und die daraus resultirenden Schuldverhältnisse können später neue Contocorrent-Posten begründen. Sehr häufig

sicht, eine alte Obligatio aufzuheben, der Eingehung der neuen zum Grunde liege oder nicht. Aber nur die erste ist eine wahre Novation;" die letztere ist eine „contradictio in adjecto" Puchta Vorles. § 291.

[2]) a. a. O. p. 41.

[a]) „Es ist vielmehr Grundsatz," fügt Creizenach a. a. O. (1873) p. 19 hier hinzu, dass jedes einzelne im Contocorrentnexus befindliche Geschäft an und für sich nach seiner besonderen rechtlichen Natur fortbesteht und danach beurtheilt werden muss.

allerdings geht dem Eintrag eines Contocorrent-Postens eine Prüfung der rechtlichen Ergebnisse des Geschäfts und ob der Contocorrentaussteller seine Verbindlichkeiten erfüllt hat, vorher. Aber auch dann begründet die Buchung im Contocorrent wieder keine Novation, sondern nur die Beurkundung einer geschehenen Zahlung, der Entlastung des einen, der Belastung des andern."

Und etwas weiter: „Die Ansicht, dass die Eintragung in den Contocorrent eine Novation begründe, hat ihre Quelle, (aber nicht einmal ihre logische Rechtfertigung), in den auch von Noblet aufgestellten Sätzen, als sei für jede Eintragung eines Geschäfts in den Contocorrent gegenseitige Einwilligung der Contrahenten erforderlich, eine ebenso unrichtige als für die commercielle Praxis unbrauchbare Ansicht. Zur Eintragung in den Contocorrent bedarf keiner der beiden Theile die Zustimmung des andern, und wenn sie hier und da darüber vorher unterhandeln, so geschieht es blos, um über das Quantum des auszuwerfenden Geldbetrages aus Zweckmässigkeitsrücksichten sich zu verständigen, nicht weil sie zur Eintragung nicht selbstständig berechtigt zu sein glauben. Denn ob auf den beiden Comptoirs diese Eintragungen wirklich stattgefunden haben, oder nicht, ist überhaupt gleichgültig. Ist es nicht geschehen, und entsteht darüber ein Streit, so ist das Unterbliebene bei Gericht zu ergänzen, und wären selbst beide Contrahenten inzwischen in Fallitzustand gerathen."

Dass Creizenach, der die Theorie der stipulatio debiti (welche wir Schulderneuung genannt haben) [a]) kennen muss, sie weder anführt, noch bestreitet, ist durchaus unverzeihlich. Er spricht wiederholt von der Festsetzung des Quantums als ob diese Bestimmung der Ziffer ein gleichgültiges Ding wäre. Darin scheint ein Beweis sehr bedenklicher Ungründlichkeit zu liegen [b]). Jene Festsetzung des Quantums, als Resultats

[a]) cf. den hier nicht abgedruckten allgemeinen (histor.) Theil.

[b]) Merkwürdig ist die im Anschluss an die im Text gedachten Erörterungen Creizenach's in der neuen Ausgabe (a 1873) auf pag. 22 u. 23 folgende Aeusserung desselben Schriftstellers:

„Nach dem Bisherigen kann in dem Act der Einstellung eines Artikels in den Contocorrent Seitens des Contocorrentstellers — einerlei ob Banquier oder Correspondent — an und für sich nicht die Anerkennung des betreffenden Geschäfts liegen. Diese Anerkennung, welche als solche mit dem Act des Geschäftsabschlusses sich deckt (?), muss der Einstellung vorangegangen sein. Bei der Einstellung in den Contocorrent kommt eine Anerkennung ganz anderer Art zu Tage, nämlich die, dass man zugibt, dass das betreffende Geschäft im Contocorrentnexus stehe. Darin liegt nun in der Regel zwar nur indirect, aber ebenso unbestreitbar die Anerkennung des Contocorrentabschlusses (?) selbst. Ob die Creditposten immer oder im Zweifel als ebensoviel Quittungen für den Creditor und die Debetposten als ebensoviele Schuldposten des Debitors dem Contocorrentsteller gegenüber anzusehen seien? diese Frage könnte uns weiter zu Untersuchungen führen darüber, inwieweit hier, wie überhaupt bei Beurkundungsacten, der Rechtsact und die Beurkundung zur Feststellung des Consenses in einander übergehe, und zu doctrinellen Erörterungen auf einem zur Klärung der Begriffe äusserst erspriesslichen Gebiete, wobei nur die Klippe haarspaltender Subtilität

der Handlung, ist durchaus nicht eine unbedeutende, factische Besonderheit, sondern eine Rechtshandlung von grosser Bedeutung. Wenn Parteien eigenmächtig eine Ziffer als Posten in den Contocorrent eingestellt haben, so bindet das Niemand. Sie bleiben völlig berechtigt, die Rechnung um Dasjenige zu mehren oder zu mindern, was willkürlich darin weggelassen oder zugefügt worden ist. Insofern also, und mit Beziehung auch willkürliche Buchung hat die einseitige Festsetzung des Quantums nicht die geringste Bedeutung.

Was sie aber zur Rechtshandlung macht, ist gerade die Anerkennung, die in der gegenseitigen Gutfindung des Quantums liegt. Diese Anerkennung hat durchaus den Character der accessorischen Stipulation. Sie schafft für die alte Verpflichtung (die Handlung selbst) einen neuen Rechtsgrund, und bewirkt, dass, wenn die Parteien darauf zurückkommen wollen, sie dies nur mittelst der condictio indebiti thun können. Nicht die Buchung (Beurkundung) also ist es, die diese uneigentliche Novation in's Leben ruft, sondern der Meinungsaustausch der Parteien über die Ziffer eines jeden Postens, ehe dieser als solcher in den Contocorrent aufgenommen wird. Es ist klar, dass Creizenach, der dies übersehen hat, der von Bähr entwickelten Theorie völlig fremd geblieben ist[1]). —

Letzterer hatte keine Veranlassung das moderne Creditwesen, im Gegensatze zum römischen creditum, zu untersuchen. Daher kommt es auch, dass er in der Rubrik: Kaufmännisches Gutschreiben, Saldoziehen, und Contocorrentstellen[2]) zwischen dem Creditiren und der litterarum obligatio eine nahe Verwandtschaft zu entdecken glaubt. Gewiss besteht eine Aehnlichkeit zwischen der mensae ratio und dem Contocorrentvertrage. Allein wir glauben, dem Rathe Bähr's folgend[3]), nachgewiesen zu haben, dass es nur eine äussere Aehnlichkeit ist. Der Hauptunterschied zwischen beiden besteht darin, dass die Einheit, welche bei der mensae ratio sich als nur äusserliche darstellt[4]), oder zur Befriedigung practischer Bedürfnisse erstrebt werden musste[5]), aus dem modernen Creditbegriff in Anwendung auf den Contocorrent sich von selbst und mit Naturnothwendigkeit ergibt.

Im Uebrigen aber ist die Buchung in der mensae ratio wie die Schuldanerkennung, welche unserer Buchung eines jeden Postens vorausgeht, ein Formalvertrag. In diesem Punkte stimmen wir ganz mit Bähr

kaum zu vermeiden ist. Eine praktische Ausbeute für unseren Gegenstand vermöchte ich dabei nicht zu ermitteln."

[1]) Wir haben diese Theorie im ersten Theile dieser Abhandlung des Breiteren besprochen.

[2]) Anerkennung p. 251.

[3]) a. a. O. p. 251: „Der einfachen Anerkennungserklärung entspricht das kaufmännische Gutschreiben einzelner Posten; ein Institut, welches noch das besondere wissenschaftliche Interesse darbietet, dass es dringend zu einer Vergleichung mit dem älteren röm. Literalcontract auffordert."

[4]) Vergl. p. 43 in dem hier nicht abgedruckten allgemeinen (histor.) Theile.

[5]) Vergl. p. 52 eodem.

überein. „Der Kaufmann,“ sagt er[1]), „schreibt dem Fabrikanten:“ „„Wir haben die übersandten Waaren empfangen, und den dafür berechneten Betrag mit — zu Ihren Gunsten notirt.““ Damit ist die Schuld aus dem Kaufvertrag zu einer anerkannten (formell festgestellten) Buchschuld, einer pecunia certa credita im römischen Sinne des Wortes geworden. Keinem Geschäftsmanne wird es einfallen, eine solche Schuld anders, als wegen vorgefallenen Irrthums oder einer unrichtigen Voraussetzung bestreiten zu wollen. Als practische Folge dieser Formalfeststellung muss aber anerkannt werden, dass, um auf eine solche Schuld Klage zu erheben, man nicht auf deren materielle Entstehung zurückzugehen braucht, sondern einfach auf das von Seiten des Gegners stattgehabte Gutschreiben sich beziehen darf, was so lange als Schuldgrund gelten muss, als nicht andererseits dargelegt wird, dass dasselbe auf Irrthum beruhe.

Ganz dieselbe Manipulation, wie zur Feststellung der Forderungsposten, findet statt zur formellen Feststellung der erfolgten Schulderledigungen. Eine übersandte Baarzahlung wird unter gegenseitiger Benachrichtigung vom Absender auf dem Debet, vom Empfänger auf dem Credit des Geschäftsfreundes notirt, und damit als eine dem Zahlenden zu Gute kommende Summe festgestellt.

Bei alledem ist aber wohl zu merken, dass nicht eigentlich der Bucheintrag es ist, was das Schuldverhältniss feststellt, sondern die ausgetauschte briefliche Nachricht von solchem. Auch der Kaufmann wird nicht zweifeln, dass ein Bucheintrag, von dem er noch keine Nachricht gegeben hat, ihn nicht bindet; während umgekehrt eine über das Gutschreiben erfolgte Benachrichtigung ihn nicht weniger bindet, wenn etwa die Buchung aus Versehen unterblieben sein sollte. Nur wird bei ordnungsmässigem Geschäftsbetrieb jene Benachrichtigung mit dem Bucheintrag stets Hand in Hand gehen; und man fehlt daher nicht wesentlich, wenn man das Gutschreiben selbst als formellen Schuldgrund bezeichnet.“[2])

1) Anerkennung p 252.

2) Es sei hier nur daran erinnert, dass nach Salpius (Novation und Delegation nach römischem Recht p. 502) die Novation zwischen denselben Parteien (Agnition) ein Material = kein Formalcontract ist. Nichtsdestoweniger erkennt auch dieser Schriftsteller die hohe Bedeutung der Schulderneuung. „Die alte causa, sagt er, (ibid. p. 493) wird in der neuen zwar in Bezug genommen, aber darum ist das referens nicht identisch mit dem relatum. Eben die Wiederholung des Rechtsgrundes, der neue Consens der Parteien über das alte Object, bildet den selbstständigen Inhalt, den eigenen Rechtsgrund des zweiten Vortrages.“ Die Folgerung, die er aus diesem Princip ableitet, stimmt mit der von Bähr überein: „die neue Obligation ist zwar ihrem Objecte, aber nicht ihrer inneren Natur nach mit der früheren identisch. Wer aus dem Anerkenntnisse einer Kaufgeldschuld klagt, erzielt damit im Resultate allerdings Befriedigung für seine Ansprüche aus dem Kauf, aber der Weg, der ihn zu dieser Befriedigung führt, ist ein anderer, als wenn er aus dem Kaufvertrage selbst klagte. Die Verschiedenheiten erstrecken sich nicht mehr, wie bei den Römern, auf die processualische Natur der Rechtsmittel, actio venditi einerseits, actio ex stipulatu und actio de pecunia constituta andererseits. Aber sie bestehen fort in Bezug auf den Inhalt des

§ 29. Aufmachung der Bilanz.

Der Contocorrentvertrag, in Folge dessen die Parteien sich einander Credit gewähren, umfasst einen bestimmten Zeitabschnitt. Ob dieser letztere ausdrücklich bestimmt ist, oder ob sich die Parteien hinsichtlich desselben einer bestehenden Handelsgewohnheit fügen, macht keinen Unterschied. Die Creditbeziehung dauert fort, bis man, entsprechend der vereinbarten oder gewohnheitsmässigen Absprache, abrechnet, aus dem einfachen Grunde, weil eine Abrechnung das Aufhören der laufenden Rechnung voraussetzt. Es bedarf wohl keines breitspurigen Beweises, dass die gegenseitige Creditgewährung, also der unausgeglichene Zustand einer Rechnung endigt, in dem Augenblicke, in welchem die Ausgleichung Platz greift. Diese Ausgleichung nun heisst Abrechnung. Sie beruht auf dem Gedanken, dass man den Stand der gegenseitigen Beziehungen und deshalb die Endziffer (den Saldo) kennen will.

Andererseits steht es keineswegs in der Macht eines der Contrahenten, wenn es ihm allein gutdünkt, die laufende Rechnung zum Abschluss zu bringen. Jeder ist an die Zeit gebunden, welche die Vereinbarung, oder in Ermangelung derselben der Handelsbrauch bestimmt. In seinen Büchern kann der Kaufmann seine und seines Correspondenten debet- und credit-Posten täglich vergleichen. Für sich kann er zu jeder Stunde zur Erkenntniss kommen, für welchen Betrag er Gläubiger oder Schuldner ist. Diese Ermittelung des Saldo's aber hat keine andere als rechnerische Bedeutung. Sie erlangt erst juristische Bedeutung, wenn die Berechnung, anstatt eine einseitige Handlung zu bleiben, concursu voluntatum zur Abrechnung geworden ist.

Die Berechnung also ist der arithmetische Process, wodurch man die Endziffer findet. Die Abrechnung hingegen ist die Feststellung des Saldo's, die gegenseitige Erklärung, dass die Berechnung richtig und fehlerfrei ist. Die letztere (Berechnung) wird immer der ersteren (Abrechnung) vorausgehen. Dieser Zusammenhang besteht thatsächlich immer. Rechtlich aber ist dies gleichgültig, wie denn die ganze Operation der

Klagfundaments und demzufolge auch die Beweislast. Wer sich auf einen Anerkennungsvertrag stützt, ist nicht etwa bloss in der Lage des Verkäufers, der das Fundament der actio venditi erwiesen hat, sondern sein neuer Klaggrund kann nur nach den Grundsätzen der condictio indebiti angefochten werden, d. h. durch den Beweis einer Nichtschuld und eines entschuldbaren Irrthums. Beides ist nicht Gegenbeweis, sondern Einredebeweis" (ibid. p. 501). v. Salpius will also die causa genannt haben, weil sich diese im Bewusstsein der Parteien geltend machen muss. Als genügende Entgegnung auf diese Furchtsamkeit verweisen wir[α]) auf pag. 104, Anm. 4.

α) In dem hier nicht abgedruckten Allgemeinen (historischen) Theile. Levy führt dort die Stelle bei Bähr an (a. a. O. p. 282): „Ich möchte Salpius fragen, ob er wohl schon Menschen begegnet sei, von denen der Eine zu dem Andern gesagt habe: ich stelle Dir hier einen Schuldschein aus über Thlr. 179, 22; weshalb und wofür ich Dir die schuldig bin, weiss ich noch nicht; darüber wollen wir uns dann einmal später verständigen!? Ich meines Theils kenne solche Menschen nicht."

Berechnung von juristischem Gesichtspunkte aus nicht in Betracht kommt. Jene Berechnung erfolgt nun in der Zwischenzeit, d. h. während der Fortdauer des Contocorrentvertrages, oder nicht. Im ersten Falle kann jede Partei für sich einen Saldo ziehen, so oft es ihr gutdünkt. Das Creditverhältniss wird dadurch nicht gestört, geschweige abgebrochen, es sei denn natürlich, dass es beide Parteien für gut finden. Im letzteren Falle fällt die Berechnung als Vorbereitung der Abrechnung mit dieser zusammen, und macht mit ihr ein Ganzes aus.

Die Berechnung nun, mit Bezug auf unsern Gegenstand, heisst in der Handelssprache Aufmachung der Bilanz. Es gilt daher für diese Bilanz Alles, was von der Berechnung gesagt ist. Eine Bilanz kann zwischenzeitlich einseitig aufgemacht werden aus Neugier, aus Vorsicht, oder anderen Gründen mehr. Man kann wissen wollen, wie man steht, um sehen zu können, ob die Ziffer, die man als Maximum für die Creditbeziehung angesetzt hat, bereits erreicht ist, oder bald erreicht werden wird. Das Alles bindet die Gegenpartei nicht. Eine Bilanz muss aber aufgemacht werden, um dem Urtheil der Gegenpartei unterworfen zu werden, und diese zur Feststellung des Saldo's zu veranlassen.

Der Ausdruck: Aufmachung der Bilanz bedarf somit ebenso wie der Begriff: Berechnung einer näheren Erläuterung, ehe der Jurist untersuchen kann, ob er auf sein Gebiet gehört. Den Massstab für die Entscheidung entlehnt er einem der beiden folgenden Umstände. Wird die Bilanz einseitig aufgemacht, so hat dies rechtlich keine Bedeutung. Sie erlangt dieselbe erst, wenn beide Parteien bei der Aufmachung mitwirken.

Geschieht Letzteres am vereinbarten oder usancemässigen Termin, so ist die laufende Rechnung ausgeglichen und hat das Creditverhältniss aufgehört. Damit ist durchaus nicht gesagt, dass die Parteien nun einander den Rücken kehren müssen, und nichts mehr mit einander zu thun haben. Das Gegentheil ist richtig, und in der täglichen Praxis ganz gewöhnliche Regel. Die gefundene Endziffer kann und wird meistens ein neuer (debet- oder credit)-Posten in einer neuen Rechnung werden. Aber — man halte dies wohl im Auge — er wird es in einer neuen Rechnung. Die alte Creditbeziehung, der alte Contocorrent, welcher drei Monate, ein halbes Jahr, ein Jahr gedauert hat, ist abgebrochen. Eine neue Creditbeziehung hat angefangen, um ihrerseits während derselben Termine zu laufen. Es kann daher — le roi est mort, vive le roi — im bildlichen Sinne eine Contocorrentbeziehung zwischen zwei Handelshäusern während der ganzen Dauer ihres Bestehens unterhalten werden.

Mittelst der gegenseitigen Bilanzaufmachung können also die Rechnungen jedesmal in einander übergehen. Jede neue Rechnung wird dann mit einer Ziffer anfangen, welche die Endziffer einer vorigen Rechnung bildet. In dieser Endziffer liegt das Resultat der gegenseitigen Creditbeziehung. Letztere aber findet ihre Vergütung in dem Creditpreise, vulgo dem bedungenen Zins. Nichts natürlicher dann, als dass dieser Zins, im Falle die Endziffer nicht bezahlt wird, zum Capital geschlagen, und als solches auf neue Rechnung übertragen wird. Bleibt der Preis des

Credits unbezahlt, so muss der dadurch bewiesene Dienst gewürdigt und belohnt werden.

Die Ausgleichung der Rechnung hat deshalb durchaus nicht immer die Bezahlung der Endziffer zur Folge. Andererseits ist diese Zahlung keineswegs das einzige Criterium für die Beendigung der Creditbeziehung. Wenn auch die Endziffer in Jahren nicht bezahlt wird, kann ein Contocorrent hundert Mal geendigt, und auf's Neue angefangen sein. Die gegenseitig aufgemachte und anerkannte Bilanz lässt den Lauf des gegenseitigen Credits aufhören. Das Capitalisiren der Zinsen beweist, dass man gesonnen ist für den Creditpreis selbst auf's Neue Credit zu gewähren. —

Wir glaubten bei diesem Punkte einen Moment still stehen zu müssen, weil in der Doctrin die sonderbarsten Ideen über den juristischen Character verbreitet sind, welcher der Aufmachung der Bilanz zuerkannt werden muss. Dann und wann scheint es wirklich, als ob man sich auf Verwirrung von allerlei Begriffen verlegt hätte, oder als ob man gewisse geheimnissvolle Wirkungen in den natürlichsten alltäglichen Handlungen suchen wollte. Es erklärt sich daher eine gezwungene Rechtsanschauung, die das Gebiet der Wirklichkeit verlässt, und in allerhand Abstractionen sich vertieft. Nichts ist bequemer, als eine solche Verwirrung für Scharfsinn anzusehen. Jeder weiss übrigens, wie leicht die Unbefangenheit verloren gehen kann, und wie schwer sie alsdann wieder gewonnen wird.

Ein erstes, aber sehr sprechendes Beispiel einer völligen Dunkelheit, bei einem sonst scharfsinnigen Denker, liefert Regelsberger [1]). In dem Anfang einer Studie über einen Theil unseres Gegenstandes sagt er [2]): „Der gewöhnliche Sprachgebrauch unterscheidet nicht zwischen Abrechnung und Berechnung, im juristischen ist dies nothwendig. Eine Abrechnung liegt vor, wenn den Forderungen auf der einen Seite entweder wieder Forderungen oder wenigstens Zahlungen auf der andern gegenüber stehen; denn im Wort Abrechnung liegt der Begriff des Abziehens. Dazu genügen jedoch auch blose Zahlungsposten auf der Schuldnerseite, und es ist daher nicht zu billigen, wenn Brinz diesen Fall von der Abrechnung ausschliessen will. Ist dagegen der eine Theil Schuldner, ohne dass er auch nur Zahlungen für sich hat, so kann man bloss von Berechnung, nicht von Abrechnung sprechen. Wir fassen vorerst ausschliesslich das Abrechnungsgeschäft in's Auge. Es werden nach dessen Betrachtung wenige Worte genügen, um die Eigenthümlichkeiten der Berechnung zu zeichnen."

Man sieht, hier wird die Nothwendigkeit, „im juristischen Sprachgebrauch" scharf zwischen Abrechnung und Berechnung zu unterscheiden, mit grosser Entschiedenheit angekündigt. Ganz unmittelbar darauf aber

[1]) Archiv. f. d. civil. Praxis Thl. 47, p. 153: „Die rechtliche Natur des Abrechnungsgeschäfts."

[2]) a. a. O. p. 155 und 156.

kühlt der Verfasser den Eifer wieder ab, um eine Betrachtung folgen zu lassen, welche ausschliesslich die Abrechnung zum Gegenstand hat. Was die Berechnung betrifft, so muss man mit einem Hinweis sich zufrieden geben. Gerne sind wir geduldig, in der Hoffnung, dass endlich der Schluss der Abhandlung die lang gespannte Erwartung befriedige.

Dieser Schluss lautet folgendermassen[1]: „Es erübrigt noch, die Berechnung zu betrachten. Geht man hierbei von dem oben (§ 2) aufgestellten Begriffe aus — so tritt sofort entgegen, dass dieses Rechtsgeschäft niemals eine Compensation oder Quittungsleistung enthält. Es fallen somit alle oben daraus gezogenen Rechtsfolgen hinweg. Dagegen kann sie ebensowohl die Natur einer Novation, als eines neben die ursprünglichen Forderungen tretenden Bestätigungsvertrags haben. Auch was die negative Wirkung anlangt, gelten dieselben Grundsätze, wie bei der Abrechnung."

Wir übersehen also jetzt das Ganze, denn der letzterwähnte § 2 ist das erste von uns wörtlich wiedergegebene Citat. Dass man von Abrechnung spricht, duldet Regelsberger nur dann, wenn etwas abzuziehen ist. Deshalb müssen auch debet und credit-Posten vorhanden sein. Wenn dagegen Jemand bei verschiedenen Gelegenheiten Schuldner wurde und nicht bezahlte, heisst das Aufzählen der aus verschiedenen Ursachen stammenden Schulden: Berechnen.

Lassen wir einmal dies so sein, wenn es etwas zu Regelsberger's Gemüthsruhe beitragen kann. Allein wir Juristen machen keine Wörterbücher; wir suchen Rechtsbegriffe. Auch jener Schriftsteller thut dies schliesslich, aber gerade da verfällt er durch seine eigenen Abstractionen missleitet, in einen unverzeihlichen Irrthum. Die Berechnung kann nicht eine Compensation oder Quittung sein — sagt er. Natürlich nicht. Wenn der Eine lediglich auszahlt, der Andere Nichts zurückbezahlt, gibt es Nichts zu quittiren, weil nur zu fordern ist. Hingegen kann die Berechnung sowohl eigentliche Novation (novatio privativa) als accessorische Stipulation (Bestätigungsvertrag) sein. Gewiss kann sie das, aber nur unter einer Voraussetzung: **dass Beide mitwirken.**

Auf die Mitwirkung Beider kommt es an, um, selbst nach der Begriffsbestimmung jenes Schriftstellers, der Berechnung oder Abrechnung einen juristischen Character zu verleihen. Ist dies aber auch seine Ansicht, so fragen wir: wozu die grammaticale Unterscheidung einer an sich gleichgültigen Handlung? In der Berechnung als einseitiger Handlung wird wohl keine magische Kraft verborgen liegen, die es nöthig macht, sie „im juristischen Sprachgebrauche" zu unterscheiden. Wenn A von B 10 ex emto, 10 ex mandato, 10 ex deposito zu erhalten hat, kann er seine Berechnung in die Länge oder in die Breite, von unten nach oben oder von oben nach unten machen, es bleiben allemal 3 Mal 10, dreierlei Forderungen aus verschiedenem Grunde. Sollen diese membra disjecta zu einem Ganzen, die 3 Mal 10 zu 30 gemacht werden, so muss B mit-

[1] a. a. O. p. 177.

wirken. Mit und durch dessen Mitwirkung allein kann eine eigentliche Rechtshandlung (Novation oder nicht) zu Stande gebracht werden. Besteht dieser concursus, so liegt der Nachdruck hierauf, und drückt der rechnerische Process keinen juristischen Begriff aus. Besteht er nicht, so kann A oder B berechnen, so lange er will, rechtlich ist seine Handlung durchaus gleichgültig.

Dass dasselbe nach der Definition jenes Schriftstellers auch für seinen Abrechnungsbegriff gelten muss, macht jene Definition nicht besser. Um abzurechnen, muss man abziehen können, sagt er. Es kann daher von einer Abrechnung nur dann die Rede sein, wenn zwischen A und B das Verhältniss von debet und credit besteht. Wird nun A nur in dem Falle abrechnen, wenn er allein, ohne Mitwirkung des B, abzieht? Wenn ja, was hat der Jurist mit dieser unschuldigen Beschäftigung zu thun? Wenn nicht, warum wird dieses (das Abziehen) in den Vordergrund, die wahre Rechtshandlung aber (der concursus) in den Schatten gestellt?

Die Auffassung jenes Schriftstellers ist aber auch — diese „Wechselwirkung" ist durchaus nicht auffällig — von grammaticalischem Gesichtspunkt unrichtig. Abrechnung ist gewiss ein technischer, juristischer Begriff. Sie ist dies, nicht weil sie vorzugsweise die Anwendung dieser oder jener Hauptregel der Rechenkunde fordert. Sie ist es ebensowenig aus dem Grunde, weil Der, welcher abrechnet, mehr abzieht, als addirt oder theilt. Sie ist es ausschliesslich, weil das Wort: Abrechnen — will man dem gesunden Sinne keine Gewalt anthun — die Idee der Reciprocität in den Vordergrund stellt. Man rechnet mit Jemand ab. Dieses synallagmatische Element bleibt mit dem Worte verknüpft, einerlei ob der Eine Alles zu fordern, der Andere Alles zu zahlen hat, oder ob Beide in gegenseitigem Schuldverhältniss stehen. Zu einer Abrechnung wird das active Auftreten zweier gegenseitig in Obligo stehender Personen erfordert. Zu bestimmen, wie sie handeln und dann auch id quod actum est klarzustellen, ist Sache der Rechtslehre. Den modus quo, dessen sie sich bei der Berechnung bedienen sollen, ob sie die Multiplications- oder die Logarithmen-Tafeln zur Hand nehmen sollen, müssen sie wissen.

§ 30. Die Abrechnung als blosse Rechnungsoperation.

Bei Regelsberger besteht, wie wir nachgewiesen zu haben glauben, der Irrthum mehr in der Construction, als in der Ausführung. Er sündigt mehr durch die weit getriebene Sucht zu analysiren, als durch Mangel an juristischem acumen. Gegen erstere muss gewarnt werden, da bei unserm Gegenstande die Gefahr auf der Hand liegt, dass man einen Stützpunkt auf gar nicht zur Sache gehöriger Grundlage sucht. Wenn irgend wo das breitgetretene Sprüchwort: lucus a non lucendo Geltung hat, so ist es hier. Wer von Contocorrent hört, ist bei oberflächlicher, freilich aber auch sehr oberflächlicher Betrachtung geneigt den Schwerpunkt der factischen, also auch der juristischen Anschauung,

auf den Mechanismus der Rechnung, der Ziffern, zu legen. Wir haben beständig auf diesen Irrthum aufmerksam gemacht, welcher von Regelsberger, wenn auch nur in geringem Masse, befördert wird. Nichts, durchaus Nichts an dem juristischen Begriffe kann aus jenem mechanischen Prozesse abgeleitet werden. Es ist keine paradoxe Behauptung, dass der Contocorrent als Ganzes und in allen seinen Folgen, vom Rechnen ebenso unabhängig ist, wie jeder andere Vertrag. Was am Contocorrent Juristisches ist, liegt ausserhalb der Ziffern. Was in den Ziffern liegt, ist nichts Juristisches. So lange die Parteien an den Ziffern halten, kann der Rechtsgelehrte seiner Wege gehen. Erst wenn sie mit einander rechnen, wird seine Aufmerksamkeit rege. Nicht aber weil sie rechnen, sondern weil sie mit einander rechnen, oder besser: gerechnet haben. Nicht in dem Verfahren, sondern in der darin verborgenen Willensäusserung liegt die Bedeutung der Handlung.

Man sollte meinen, dass dieser Satz keines Beweises bedürfe. Trotzdem wird er incredibile dictu — es ist das nicht das geringste Uebel, worunter unser Gegenstand zu leiden hat — verkannt. Regelsberger quälte sich ab um den quasi-juristischen Character der Berechnung und Abrechnung in das Addiren und Abziehen zu legen, statt denselben einfach ausschliesslich im Zusammenwirken zu suchen. Er begeht aber einen zweiten mit diesem ersten in natürlichem Zusammenhange stehenden Fehler, dass er nämlich jenes Zusammenwirken nicht hoch genug angeschlagen hat. Viel stärker noch und deutlicher lässt sich dieser Irrthum bei Noblet und Creizenach nachweisen. Letztere besprechen ja die Aufmachung der Bilanz in concreto. An den Mängeln der Anwendung zeigt sich am Leichtesten der Fehler des Princips.

Hören wir Noblet zuerst: „Souvent aussi," sagt er,[1]) „la balance a lieu, quoiqu'il n'y ait point clôture du compte-courant. L'une des parties remet à l'autre son compte, ou les deux parties se remettent réciproquement leur compte. Puis, au lieu d'en débattre les articles et de le clore, les parties continuent de faire de nouvelles opérations, lesquelles sont quelquefois suivies de nombreuses balances jusqu'à la clôture partielle ou définitive du compte. Il s'agit de déterminer le but et les effets de cette balance.

Le but de la balance a un double objet. Le premier, c'est de mettre la partie à qui le compte est adressé à même de connaître sa situation et de demander la clôture du compte, si la convention ne s'y oppose. Le second but de la balance est d'arriver à la capitalisation des intérêts."

Soviel über den Zweck der Bilanz. Betrachten wir uns ihre Rechtsfolgen nach Noblet[2]): „Quant aux effets de la balance, ils sont pour ainsi dire négatifs, puisqu'il n'intervient de consentement réciproque sur aucun point. Les choses demeurent donc dans le même état qu'aupara-

[1]) a. a. O. p. 133.
[2]) a. a. O. p. 135.

vant; tous les articles restent encore à débattre depuis l'ouverture du compte ou depuis la dernière clôture; la capitalisation des intérêts est une simple opération d'écriture, toujours soumise à discussion et pour son opportunité et pour son exactitude."

Und endlich ihren Character nach demselben[1]: „Ainsi la balance d'un compte-courant dont on ne veut ou on ne peut pas demander la clôture, outre qu'elle est un moyen de faire connaître aux parties leur situation respective, est encore un moyen de simplifier les écritures pour l'avenir." [a])

Einen Verlauf der Dinge, wie er hier geschildert wird, können wir uns kaum anders vorstellen, als wenn die Parteien schlafen. Aus jedem Worte Noblet's blickt die Schlafsucht. Wir möchten beinahe sagen: qu'elle a gagné l'auteur. Im Schlafe empfangen die Parteien die gegenseitige Rechnung. Im Schlafe legen sie sie zur Seite. Im Schlafe machen sie neue Operationen. Im Schlafe schlagen sie die Zinsen zum Capital. Was das Schlimmste ist, dies Uebel kann chronisch werden. Jene neuen Operationen können ja nach Noblet sich durch viele solcher Bilanzen hinziehen, die aber immer wieder mit demselben schläfrigen Blick angesehen werden. Dass von dem Allem lediglich negative Folgen zu erwarten sind, lässt sich unschwer erklären.

Diese Folge aber steht in genauem Zusammenhang mit dem Zweck, zu welchem die aufgemachte Bilanz zugesandt wird. Auch Noblet scheint davon überzeugt, dass man im Handel nicht gewohnt ist, sich einander Papiere zuzusenden, um bei deren Lesung einzuschlafen. Er nimmt also einen Zweck, sogar einen doppelten, bei der Zusendung an. Lassen wir einmal den zweiten, die Capitalisation der Zinsen, für den Augenblick auf sich beruhen. Wir haben an dem ersten genug, nämlich die Partei, welche die Rechnung empfängt, in den Stand zu setzen „de connaître la situation." Auf diesen Zweck der Zusendung kommt der Schriftsteller am Schlusse noch einmal zurück. Er verbindet damit: Vereinfachung der Schriften für die Zukunft.

Im Hinblick auf dies Alles können wir also wohl fragen, welche Vorstellung eigentlich Noblet sich von der „situation" macht, welche die Parteien durch die Bilanz kennen lernen wollen. Was wollen sie durch die ihnen übersandte Bilanz entdecken, die, wohl gemerkt, ihre eigene Rechnung wiedergibt? Was kann ihr Interesse hieran erwecken? Sind sie neugierig, zu sehen, ob Jeder eine gute, lesbare Hand schreibt? Brannten sie vor Ungeduld aus blosser Liebhaberei einmal nachzurechnen, ob auch Fehler in der gegenseitigen Addition oder Subtraction gemacht sind? Oder sollte ihre Aufmerksamkeit sich mehr auf das Gläubiger- oder Schuldnerverhältniss richten, wie es die Endziffer der Bilanz nachweist?

In der That, man muss die Genauigkeit, womit jeder ordnungs-

[1]) a. a. O. p. 137.

[a]) cf. M. D. Dalloz répert. Tom. XI verbo: compte-courant No. 120 und 121 und Feitu a. a. O. No. 298; Urtheil des Obergerichts zu Wolfenbüttel v. 3. Jan. 1868 (Seuff. Arch. XXII No. 68).

liebende Kaufmann von Ziffern zu seinem Vortheil oder Nachtheil Kenntniss nimmt, näher kennen, um sich an dem Taschenspielerkunststück Noblet's zu belustigen, wenn er sein „connaître la situation" den Kaufleuten hier als Zweck unterschiebt. A im Creditverhältniss mit B empfängt dessen Bilanz, die sich über 6 Monate erstreckt. Sie weist einen Passiv-Saldo von 5000 zu Lasten des A nach. Nun sieht A wohl, oder meint wenigstens zu sehen, dass hier der Cours zu hoch, dort der Zins zu niedrig berechnet ist. Er entdeckt vielleicht auch, dass ein Posten von 10,000 vergessen, ein anderer von 3000 noch nicht eingestellt ist. Er begreift auch wohl, dass nach seiner Ansicht der angebliche Passiv-Saldo nunmehr ein Activ-Saldo sein müsste. Aber über dies Alles zerbricht sich A vorläufig den Kopf nicht. Er lässt ruhig den Zins der in der Luft hängenden, immer noch nicht festgestellten Ziffern capitalisiren. Als ob Nichts geschehen wäre, empfängt und gibt er neue Ordres. Was an der Rechnung noch hapert, wird sich ja wohl später machen, meint A. In dieser Aussicht auf spätere Auseinandersetzung gibt er sich mit dem menschenfreundlichen Bewusstsein zufrieden, wenigstens die Ruhe von B nicht gestört zu haben. Und das heisst nun: „connaître la situation" — der Zweck der Bilanz!

Wenn dem Allem so ist, kann Noblet allerdings mit bewundernswerther Naivität schreiben: „Les choses demeurent donc dans le même état qu'auparavant." Aber dem Allem ist nicht so, denn es würde der Gipfel der Absurdität sein. Wenn Kaufleute eine Bilanz geben, so weiss Der, welcher sie empfängt, dass er sie genau durchgehen, dass er vergleichen, und sie gutfinden oder missbilligen muss. Er weiss, dass er Ausstellungen machen muss, wenn er welche hat, und dass es angesehen wird, als habe er keine, wenn er keine erhebt. Er weiss, dass man im Handel mit leerem Geschreibe sich nicht aufhält, und noch weniger an vorläufiges Sichberuhigen gewöhnt ist. Er weiss, dass er sprechen, sofort sprechen muss, will er der Gefahr entgehen, dass ihm das Schweigen präjudiciell ist. Und wenn und weil er dies weiss, muss er es sich gefallen lassen, nach dieser Regel beurtheilt zu werden.

In der That, man kann sich nicht genug wundern, dass so auf der Hand liegende Erwägungen sich nicht von selbst aufdrängen. Man müsste, däucht uns, doch endlich einmal zur Ueberzeugung kommen, dass die Kaufleute keine Automaten sind, die ohne Bewusstsein, ja selbst ohne etwas dabei zu denken, in gegenseitiger Berathung, Ziffern zu ihrem eigenen Vortheil oder Nachtheil zusammenstellen. Solch wandelnde Schreibmaschinen bestehen allein in der Einbildung Derer, deren Theorie innerhalb der vier Wände des Studirzimmers ausgedacht ist. In Wirklichkeit verbindet der Kaufmann, welcher die Ziffern seines Handelsfreundes controllirt, mit dieser Handlung ein bewusstes Ziel, eine bestimmte, feste, concrete Bedeutung. Je nachdem er sein fiat ausspricht, oder, was auf dasselbe hinauskommt, sich nicht widersetzt, ist das Wort oder das Schweigen eine That. Das Verhältniss ist in eine neue Phase eingetreten, **denn mit gegenseitigem Gutfinden ist ein neuer Zustand ge-**

schaffen. Welche juristische Aufschrift der neue Zustand trägt, welchen Character die Zusammenwirkung hat, welcher Name der neuen Rechtshandlung zukommt, wollen wir gleich untersuchen. Hier widersetzen wir uns der Meinung, dass überhaupt kein neuer Zustand bestehe, dass Alles bei'm Alten geblieben sei, und deshalb kein neues Rechtselement geschaffen zu werden brauche. Diese Meinung wäre völlig gerechtfertigt in einer Welt von Drahtpuppen, in die Handelswelt passt sie nicht.

§ 31. **Die Abrechnung als blosse Rechnungsoperation** (Fortsetzung).

Wir nannten vorhin Creizenach an zweiter Stelle. Auch seiner Auffassung von der Aufmachung der Bilanz liegt eine Anschauung zu Grunde, die wir verwerfen. Die periodische Bilanz oder Saldo-Berechnung nennt er eine „rein formelle Manipulation.“ [1]) Um ihr Bestehen zu rechtfertigen, weist er mehr auf die Capitalisirung der Zinsen hin.

„Auch das Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen, so lässt er sich aus, [2]) sei es überhaupt, sei es für kürzere Perioden, als die eines Jahres, fällt im Contocorrent weg. [3]) Zur Fixirung der Epoche aber, von wo an die Zinsen verzinst werden sollen, dazu dienen die gewöhnlichen periodischen Rechnungsabschlüsse oder Bilanzen. Die Dauer derselben ist bald durch Usanz bestimmt, bald durch besondere Uebereinkünft, und ist meist viertel- oder halbjährig. Allerdings ist der eigentliche Zweck derselben der, um spätere Irrungen zu vermeiden, das Rechnungsergebniss oder Saldo aus den bisherigen Geschäften festzustellen, und nach kaufmännischem Gewohnheitsrechte wird derselbe, um nicht bei dem vielleicht erst nach langen Jahren erfolgenden definitiven Abschluss auf eine umfangreiche Rechnung zurückkommen zu müssen, als selbstständiger Posten auf die neue Rechnung vorgetragen. [4]) Eine Novation der bisher abgeschlossenen Geschäfte ist damit nicht beabsichtigt, und wenn es sich später ergibt, dass aus diesen Geschäften Forderungen bestanden haben, oder später entstanden sind, die bei der Berechnung des Saldo's nicht in Anschlag gekommen sind, so wird deren Betrag später an Capital und Zinsen vom Datum der Entstehung neu einzutragen sein. Juristisch ist diese periodische Saldirung, abgesehen von ihrem gewohnheitsrechtlichen Einflusse auf die Verzinsung, ohne alle Bedeutung, eine so grosse Rolle sie auch in der kaufmännischen Arithmetik spielt, daher erwähnen wir sie in dieser Abhandlung auch nur beiläufig, da wo sie in die Rechtsverhältnisse des Contocorrents eingreift.“

Man kann sich kaum vorstellen, dass man die eigene Ansicht mehr negiren kann, als es hier in deren Motivirung geschieht. Einen Zweck, ein Ziel, eine Bedeutung muss die Bilanzaufmachung haben, das bezweifelt

[1]) a. a. O. p. 62.
[2]) a. a. O. p. 58.
[3]) Warum dies Verbot wegfällt, haben wir oben p. 76 nachgewiesen. Dem Begriffe fehlt die Basis.
[4]) Auf diesen Widerspruch sei jetzt schon aufmerksam gemacht. — Sie zeigt, wie die Logik der Dinge über die Doctrin triumphiren kann.

Creizenach nicht. Dies Ziel ist nach seiner sehr genauen Definition: „das Rechnungsergebniss festzustellen.“ Auch den sehr natürlichen Grund davon gibt er an, dass man nämlich nicht verpflichtet sein soll, vielleicht nach langer Zeit auf abgethane Dinge zurückzukommen. Soweit ist also Alles in schönster Ordnung. Kaufleute, die ihre gegenseitigen Bilanzen durchsehen, stellen sie fest. Natürlich müssen sie das gemeinsam thun, soll es etwas nützen. Nun sollte man sagen, dass diese factische Feststellung auch rechtlich etwas bedeutet. Creizenach lehrt uns aber, dass keine Novation[1]) beabsichtigt wird. Das kann sein, aber es kommt darauf an, zu untersuchen, was denn nun wohl in rechtlichem Sinn beabsichtigt wird. In dieser Hinsicht erklärt der Schriftsteller: „juristisch ist diese periodische Saldirung ohne alle Bedeutung.“

Was! ohne alle Bedeutung!? Und zwei Zeilen vorher wird gelehrt, dass die Bedeutung und auch noch die „eigentliche“ Bedeutung darin liege, spätere Streitigkeiten durch sofortige Bestimmung der Endziffer abzuschneiden. Die Kaufleute stellen also fest, und zu gleicher Zeit stellen sie nicht fest. Sie sorgen, dass man späterhin keine Chicanen machen könne, und doch sorgen sie nicht dafür. Sie treffen vorsorgliche Massregeln, und sind sich bewusst, dass diese nichts nützen, wollen auch nicht, dass sie etwas nützen sollen. [a]) Sie lassen neue Posten auf neue Rech-

[1]) Offenbar ist novatio privativa gemeint.

[a]) Die gleichen Vorwürfe lassen sich gegen die späteren Ausführungen Creizenach's (a 1873) pag. 70 erheben: „Zur bequemen Uebersicht der Abschlüsse, Be- und Entlastungen dient die contocurrentmässige Buchung. Die Technik dieser letzteren ist es nun allein, welche die periodischen Bilanzirungen oder die Saldozüge während der Dauer der Geschäftsverbindung veranlasst. Beide Theile wollen von Zeit zu Zeit sich gegen spätere Irrungen und Weitläufigkeiten schützen und die eventuelle Nothwendigkeit beseitigen, vielleicht erst nach langen Jahren jeden einzelnen Posten zu discutiren.“

Wie dieser letzte Satz den vorhergehenden aufhebt, so wird er seinerseits wieder durch den unmittelbar folgenden beseitigt: „Der eigentliche Zweck der Bilanzirungen und des darauf beruhenden Saldovertrags „auf neue Rechnung“ ist sonach nicht auf Begründung eines Rechtsverhältnisses, sondern nur auf Herstellung einer leichten und bequemen Uebersicht der beiderseitigen Geschäftslage gerichtet und hat rechtlichen Einfluss nur auf die Feststellung der Rechnungsmethode. Darin allein liegt die Bedeutung der Anerkennung des sog. arithmetischen Saldo's.“

Nach der richtigen Trennung, welche der Verfasser an einer vorhergehenden Stelle (pag. 26) vorgenommen hatte, zwischen dem sog. arithmetischen Saldo, d. h. der blos einseitigen calculatorischen Saldoziehung, der „Berechnung“, und dem sog. Abrechnungssaldo, welcher aus der Tendenz resultire „eine rechtliche Verständigung über die obligatorischen Resultate auch der einzelnen Geschäfte“ herbeizuführen, und welcher dann ein „selbstständiges und klagbegründendes Rechtsgeschäft“ sein soll, hätte man von dem so überaus scharfsinnigen Schriftsteller andere Ausführungen erwartet.

Hiernach unterscheidet Creizenach in der That folgendermassen: 1) arithmetischer Saldo (Berechnung) ohne rechtliche Bedeutung; 2) arithmetischer Saldo mit darauf folgender Anerkennung (uneigentlicher Abrechnungs-Saldo) ohne rechtliche Bedeutung, wenn nicht die aus solcher Anerkennung allein noch nicht zu folgernde Tendenz aliunde bewiesen ist, eine rechtliche Verständigung auch

nung bringen, aber bekümmern sich doch eigentlich nicht viel um die Ziffern. Sie haben, um ihre eigene Lage zu kennen, die speciell dazu eingeführte Gelegenheit. Sie benutzen die letztere, bestimmen die erstere, und nichts destoweniger muss man sie gerade da für Luftfechter halten. Hingegen sollen sie später, wenn ihnen die Dinge weniger gut im Gedächtniss sind, noch einmal bestimmen, was schon, während noch Alles ihnen frisch in der Erinnerung war, abgeschlossen war.

Mag dem zustimmen, wer will, wir thun es nicht. Uns kommt diese Folgerung in höchstem Masse willkürlich und unnatürlich vor. Wenn die Bilanz aufgemacht wird, entsteht ein Saldo. Wenn der Contocorrent abgeschlossen wird, entsteht ebenfalls ein Saldo.[1]) In beiden Fällen wird er — nemine contradicente — von beiden Parteien festgestellt. Warum sollte wohl die letztere Feststellung rechtliche Folgen haben, die erstere aber nicht? Es besteht kein äusseres Zeichen, woran man die letztere Bestimmung der Endziffer als von der ersteren verschieden erkennen könnte. In beiden Fällen entscheidet die Thatsache. In beiden Fällen besteht derselbe Zweck. In beiden Fällen will man wissen, wer zu fordern, wer zu zahlen hat. Der Unterschied zwischen beiden ist lediglich, dass man bei der Aufmachung des Saldo's neuen gegenseitigen Credit gewährt. Bei der Schliessung des Contocorrents hingegen hat die Creditbeziehung aufgehört. Dieser Unterschied kann jedoch nur auf die unmittelbare Zahlungspflicht hinsichtlich der gefundenen Endziffer, nicht aber auf die juristische Characterisirung der Handlung Einfluss üben. Letztere ist Feststellung hier und Feststellung dort, Abrechnung hier und Abrechnung dort. Also ist die gemeinschaftliche Bilanzaufmachung rechtlich vollkommen dasselbe, was die Feststellung des Endsaldo's ist. [a]) Die erstere schliesst die Rechnung bis soweit, die Festellung des Endsaldo's schliesst sie ganz. Von Theilen einer Rechnung, die jedesmal mit einer neuen Bilanz beginnt (divisions du compte), kann deshalb in rechtlichem Sinne nicht gesprochen werden. Die Theile sind selbstständig, und die Bilanzen haben rechtlichen Character.

Es kann nunmehr deutlich sein, worin der zweite oben erwähnte, auch von Regelsberger begangene Fehler besteht. Wir glauben, dass sie im Zusammenhang mit seiner eigenartigen und unrichtigen Auffassung von der Berechnung steht. In der That ist auch sie die Folge eines zu weit getriebenen Analysirungsbestrebens.

über die obligatorischen Resultate der einzelnen Geschäfte herbeizuführen, in welchem Falle 3) der eigentliche Abrechnungs-Saldo entsteht, welcher allein ein klagbegründendes Rechtsgeschäft darstellt. — Die weitere Trennung Creizenach's zwischen diesem (eigentlichen) Abrechnungs-Saldo und 4) der Saldo-Bilanz d. h. dem Falle, in welchem klar die Absicht vorhanden ist, den gefundenen Abrechnungs-Saldo auch durch Zahlung zu tilgen, ist m. E. „ohne jede rechtliche Bedeutung,“ also überflüssig und nur verwirrend. S. übrigens Anm. 1 zu p. 135.

[1]) In beiden Fällen natürlich nur, wenn die Posten nicht zufällig gegen einander aufgehen.

[a]) cf. Grünhut a. a. O. p. 509.

„Die Abrechnung, sagt jener Schriftsteller,[1]) besteht zunächst darin, dass zwei in Geschäftsverbindung stehende Personen die daraus herrührenden Forderungen und Zahlungen jeder Seits zusammenstellen, die Ergebnisse mit einander vergleichen und hiernach bestimmen, ob und wieviel dem einen Theil zu Gunsten des anderen zur Last bleibt. Zur Abrechnung können daher nur Forderungen mit gleichartigem Gegenstand verwendet werden; dass sie aber aus demselben Rechtsverhältnisse herrühren, ist kein Erforderniss.

Insoweit ist aber die Abrechnung nur eine rechnerische Thätigkeit ohne rechtlichen Character. Zum Rechtsgeschäft wird sie, wenn sie nicht blos auf dem Zusammenwirken beider Theile beruht, sondern wenn sich damit auch die beiderseitige Absicht verbindet, das gefundene Ergebniss als den gegenwärtigen Stand ihres Schuldverhältnisses anzuerkennen. Dazu ist keineswegs erforderlich, dass die Rechnungsoperation von beiden Theilen zugleich oder auch nur nach einander vorgenommen werde. Es genügt, wenn die von der einen Seite gefertigte Berechnung dem andern Theil behändigt und von diesem ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt wird. Ein sehr bekanntes Beispiel bietet dafür der kaufmännische Contocorrent. Ein stillschweigendes Anerkenntniss muss bis auf den Nachweis von Umständen, welche das Gegentheil entschieden darthun, dann angenommen werden, wenn auf den Empfang der zugesandten Abrechnung nicht beförderlichst Einspruch erhoben wird. Die rechtsverbindliche Absicht der Parteien wird regelmässig schon aus der gegenseitigen Anerkennung hervorgehen.“

Wenn die gemeinschaftliche Abrechnung hier als „rechnerische Thätigkeit ohne rechtlichen Character“ hingestellt wird, gegenüber derjenigen Zusammenwirkung beider Parteien, welche bezweckt, das Resultat als gegenwärtigen Stand ihres Schuldverhältnisses anzuerkennen, hat es den Anschein, als ob die erstere (die Abrechnung) als von der letzteren (der Anerkennung) verschieden gedacht werden könne. Vielleicht ist nun wohl an die Möglichkeit dieser Theilung von jenem Schriftsteller gar nicht gedacht. Wenigstens erweckt gerade sein Beispiel: Contocorrent mit stillschweigender Anerkennung starke Zweifel in dieser Hinsicht. Jedenfalls darf man sich nicht zu der Ansicht verleiten lassen, dass eine Feststellung der Endziffer auf Grund der Bilanzaufmachung bestehen könnte, welche keinen rechtlichen Character hat.

Mit einem Wort, der Unterschied besteht vielleicht weniger in der Sache, als in der Auffassung des thatsächlichen Zustands. Regelsberger denkt sich die beiden Personen, als ob sie zuerst mit einer Vergleichung der gegenseitigen auf eine Endziffer hinauslaufenden Posten anfingen. Diese Vergleichung ist ihm eine mechanische Handlung, die durch ihren Zweck, den Saldo festzustellen, zu einer Rechtshandlung wird. Wir hingegen glauben, dass, wo jene Zusammenwirkung besteht, auch jener Zweck vorhanden ist. Wir glauben, dass er immer eo ipso daraus erhellt, dass

[1]) a. a. O. p. 156.

die Bilanz aufgemacht, zugesandt, verificirt und zurückgesandt wird. Das obligatorische Moment suchen wir also in der Abrechnung (Feststellung durch Zusammenwirken), während wir die Berechnung (einseitige Ziffernuntersuchung) lediglich einen arithmetischen Process nennen. [1])

§ 32. Abschluss des Contocorrents.

Abgesehen von dem Ablauf des voraus bestimmten oder usancemässigen Termins, hört die Creditbeziehung durch den Tod oder durch die Rechtsunfähigkeit [2]) einer der Parteien auf. [a]) Dass die Existenz eines

[1]) Aus den hier entwickelten Gründen können wir ebensowenig der Auffassung von Bähr in diesem Punkte uns anschliessen. Er sagt (Anerkennung p. 237): „Wenn zwei Leute in Forderungsverhältnissen mit einander stehen, so kann sich hieran ein verschiedenes Bedürfniss anknüpfen. Sie können wissen wollen, wie die verschiedenen Forderungen in ihrer Gesammtheit auf ihr Vermögen wirken. Dies erfahren sie, indem sie die Beträge der jeseitig bestehenden Forderungen zusammenrechnen, und die gewonnenen Summen von einander abziehen; die gefundene Differenz bildet alsdann den mathematischen Ausdruck für die Summe, welche zur Ausgleichung sämmtlicher Forderungen aus dem Vermögen des Einen in das des Andern herüberwandern muss. Diese Operation kann Jeder der Interessenten für sich allein vornehmen; beide können sie aber auch gemeinsam bewirken, und das übereinstimmende Resultat gewährt ihnen dann die Ueberzeugung, dass sie über den Bestand ihrer gegenseitigen Forderung zur Zeit *einig* d. h. übereinstimmender *Ansicht* sind. Dadurch wird aber juristisch nichts an dem Stand der Sache geändert, da eine blosse Ansicht Niemanden verpflichtet. Es wird aber oftmals an ein Verhältniss dieser Art sich das weitere Bedürfniss knüpfen, den processualischen Schwierigkeiten, welche die Verfolgung sämmtlicher einzelnen Forderungen mit sich bringen würde, überhoben zu werden. Diesem Bedürfniss kommen die Interessenten nach, indem sie ihre zur Zeit bestehende Einigkeit der *Ansicht* zu einer Einigkeit der *Absicht*, zu einem übereinstimmenden *Wollen* erheben. Dieses Wollen bezieht sich auf die Gesammtheit der beiderseitig anerkannten Forderungsverhältnisse in dem für solche durch die Rechenoperation neu gewonnenen mathematischen Ausdruck. Dieses geeinigte *Wollen* ist es, was die Praxis unter dem Namen „Abrechnung" als selbstständig klagbares Rechtsgeschäft anerkannt hat. Man ist sich auch des Gegensatzes einer blos geeinigten *Ansicht* über den Gesammtbetrag der beiderseitigen Forderungen bewusst geworden, und hat solche oftmals unter dem Namen einer blossen „Berechnung" der „Abrechnung" gegenüber gestellt. Dass man sich in diesen Worten technisch bestimmte Begriffe bilde, dagegen ist nichts einzuwenden, sobald man nur nicht über die Worte die Begriffe vergisst."

Unser Einwand, besser unsere Erläuterung kann kurz sein. Im Contocorrentverhältniss ist bei der Bilanzaufmachung die „Ansicht" *immer* eine Absicht. Wir können uns nicht vorstellen, dass A zu B nach der Aufmachung des Saldo's und wenn der neue Posten auf neue Rechnung übertragen werden muss, sagen könnte: „Ich bin der *Ansicht*, dass ich Dir 2000 schuldig bin, darum aber habe ich noch nicht die Absicht, Dir sie schuldig zu sein." Wir glauben, dass dann B, ihn verwundernd ansehend, erwiedern würde: „Sehr wohl, dann können wir uns die Aufmachung der Bilanz künftig ja sparen, oder sie so lange aufmachen, bis Du *zu der Ansicht* auch die *Absicht* bekommst."

[2]) Urtheil des Bezirksgerichts Mastricht vom 25. Mai 1863. W. No. 2632. „Durch das Fallissement einer der Parteien wird der Contocorrent von Rechtswegen geschlossen, und ist deshalb der Saldo einklagbar."

[a]) Meines Erachtens muss darüber hinaus anerkannt werden, dass der Contocorrentvertrag auch *vor* Ablauf des voraus bestimmten oder usancemässigen Termins

dieser Umstände den Contocorrent beendigt, bedarf nur einer Erwähnung, [b]) keines Beweises. Allein die speciell in dem Fallissement einer der Parteien gelegene Incapacität hat dann und wann Anlass zu Schwierigkeiten gegeben. Wir sind der Ansicht, dass diese sich auf eine sehr natürliche und regelrechte Weise lösen lassen.

Wir erinnern nur an den Zweck und die Rechtsfolgen des Contocorrentvertrages. Die Parteien wollen einander Credit gewähren — das ist die Bedeutung ihrer Absprache. Die Parteien wollen einander also in der Zwischenzeit nichts bezahlen, sondern auf einmal abrechnen — das ist die Folge dieser Absprache. Die Wirkung dieser beiden Principien muss man wohl im Auge behalten. Ist die Zahlung in der Zwischenzeit ausgeschlossen, so besteht in der Zwischenzeit weder Schuld noch Forderung. Es besteht nur Material zu der (bei der Abrechnung) demnächst sich herausstellenden Schuld oder Forderung. Auf der einen Seite steht eine fortdauernd zunehmende Reihe künftiger Ansprüche (debet); auf der andern Seite eine fortdauernd zunehmende Reihe von Mitteln, um diese Ansprüche zu tilgen (credit). Während der Rechnung ist dies Alles im Fluss. Während der Rechnung figuriren die Ziffern nur. Bei Schluss derselben treten sie in activen Dienst. Hier ist Alles, was gefordert, dort Alles, was bezahlt werden muss — bleibt zu Forderung oder Zahlung ein Saldo übrig.

Eine sehr wichtige Folge ergiebt sich aus diesem Stande der Dinge. Um deutlicher zu werden, wenden wir ein Bild an. Man denke sich zwei Arbeiter, welche mit einander wetteifern, innerhalb einer bestimmten Zeit zwei Mauern aufzubauen. Wann soll das Resultat der Arbeit betrachtet und verglichen werden können? Natürlich nicht, bevor es Zeit ist. Im Augenblick kann der Eine dem Andern vor sein, aber gleich darauf kann Dieser Jenen überholt haben. Ebenso ist es, wenn auch der Wetteifer wegfällt, bei dem Contocorrent vor dessen Abschluss. Um zu sehen, wer dem Andern vor ist, muss der Augenblick abgewartet werden, wo das Verhältniss aufhört. Nun erst kann man sehen, ob die Parteien gegenseitig gleichen oder ungleichen Schritt hielten.

Zukünftige Forderungen und zukünftige Zahlungen machen also die

einseitig gekündigt werden kann, wenn Umstände auf Seiten eines Contrahenten eingetreten sind, welche den anderen, falls er sie vor Eingehung des Contocorrentverhältnisses gekannt hätte, von Eingehung desselben abgehalten haben würden. Ich trage kein Bedenken, in dieser Weise einen in der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 2. Nov. 1877 (Entsch. XXIII No. 48 S. 137) für den Fall der Creditertheilung bei Lieferungen ausgesprochenen Gedanken auf den Contocorrentvertrag auszudehnen, da dieser Gedanke m. E. allgemeiner Anwendung fähig und werth ist. — Für ein völlig freies jederzeitiges Kündigungsrecht beider Contrahenten vergl. Ledru-Rollin rép. gén. No. 8; Henri Da a. a. O. No. 154; Feitu a. a. O. No. 300; dagegen Noblet a. a. O. p. 140; und M. D. Dalloz répert. No. 123.

[b]) cf. Grünhut a. a. O. p. 527; Boistel a. a. O. p. 605; Feitu a. a. O. No. 299 ff.; Entsch. des Reichsgerichts vom 22. Mai 1880 (Entsch. II No. 72 p. 263).

Elemente (Factoren) eines Contocorrents aus. Dies hindert jedoch nicht, dass die Creditgewährung und zwar auch während schwebender Rechnung, wirklich besteht. Creditgewährung ist gerade die gegenwärtige Quelle, aus der das künftige Endresultat hervorgeht. Bevor die Zeit abgelaufen ist, kann über die Arbeitskraft der oben erwähnten Arbeiter nicht geurtheilt werden, nichtsdestoweniger aber, oder besser gerade darum haben sie in der Zwischenzeit gearbeitet.

Darin, dass die Creditgewährung gegenwärtig, während Schuld oder Forderung zukünftig ist, besteht, liegt der Schlüssel zur Auflösung der oben angedeuteten Schwierigkeiten. Letztere pflegen gewöhnlich sich zu zeigen, wenn sich die Parteien Anweisungen auf zukünftige Zahlungen einsenden. Für den Betrag dieser Anweisungen (Rimessen, eigene Wechsel u. s. w.) wird beiderseits der Empfänger debitirt, der Absender creditirt. Eines und das andere geschieht sofort und muss sofort geschehen, weil jede Operation zwischen den Parteien in der laufenden Rechnung sich wiederspiegeln muss. Mit der Zusendung jener Anweisungen, also im Augenblicke des Empfangs, ist factisch Credit gewährt, und zwar durch den, der die Anweisungen aus den Händen gibt.[1]) Er stellt ja ein geldwerthes Papier zur Verfügung des Handelsfreundes. Zeigt es sich aber (und dies kann erst später, nämlich am Verfalltage sich zeigen) dass die Anweisung nicht bezahlt wird, so erhellt daraus zugleich, dass der Empfänger der Anweisung, statt Credit zu erhalten, Credit gewährt hat, und zwar gerade etwa ebensoviel, als er zu erhalten glaubte, in Wahrheit aber nicht bekommen hat. Dennoch hat Der, welcher, anstatt als Factor für die künftige Bezahlung Geld zu fordern, sich mit einer Anweisung begnügte, im Augenblicke, wo er dies that, jenes Geld zur Verfügung seines Handelsfreundes gelassen. Deshalb wird der Absender debitirt, und er selbst creditirt, falls die Anweisung nicht bezahlt wird.

Diese Idee drückt der Handel aus durch die als selbstverständlich vorausgesetzten oder wirklich hinzugefügten Worte: Salvo incasso (sauf encaissement). [a]) Aus der Natur der Creditbeziehung folgt, dass nur eine der beiden Parteien hinsichtlich desselben Postens in demselben

[1]) Diese Creditgewährung ist ganz unabhängig von der Frage, ob der Empfänger das Papier discontirt hat oder nicht. Noblet (a. a. O. p. 70) glaubt, dass die Zusendung, welche er anders als wir auffasst, (da er den Credit ausser Acht lässt) geschehe, „sous la condition que l'encaissement se fera à échéance“: Unserer Meinung nach wird durch die Einmengung dieses Bestandtheils lediglich Verwirrung angerichtet. Vgl. pag. 139, Anm. 1 unten. Was jedoch die Discontirung des Empfängers betrifft, so scheint hier Noblet's Bemerkung a. a. O., p. 71 richtig: „si par suite de non paiement les titres lui reviennent entre les mains, c'est comme s'il ne les eût pas négociés. L'argent qu'il verse pour le remboursement représente l'argent q'uil eût donné pour faire l'opération, qu'il a faite au moyen de la négociation des effets.“

[a]) Ueber diese Clausel resp. über den angeblichen Rechtssatz: „entrée en compte courant n'est donnée que sauf rentrée“ glaubt Feitu a. a. O. eine sich über 100 Seiten (p. 172—270) ausdehnende Erörterung geben zu müssen!

Moment Schuldnerin oder Gläubigerin sein kann. Da in der Zwischenzeit Alles nur Baustoff für die künftige Abrechnung ist, so ist jeder Empfang und jede Zahlung der natürlichen Voraussetzung unterworfen, dass sie factisch und wirklich als solche angesehen werden könne. Zeigen sich Umstände, die dem ersteren oder der letzteren ihren Character als Empfang oder als Zahlung nehmen, so liefern die Umstände den Beweis, dass das gegenseitige Verhältniss, welches man geändert glaubte, in Wirklichkeit nicht geändert war; dass deshalb die Buchung, im Augenblick, als sie erfolgte, in unrichtiger Richtung erfolgt ist. Jenes Verhältniss wird daher von diesem Augenblick ab wieder hergestellt, die Buchung also von diesem Augenblick ab in die richtige Richtung versetzt werden müssen.

Es ist klar, dass auf dies Alles das Fallissement einer der beiden Parteien oder beider keinen Einfluss ausübt. Mag eine Anweisung (Rimesse) auch nach dem Fallissement nicht acceptirt werden, die Situation wird darum nicht schwieriger. Das Fallissement schliesst den Contocorrent. Auf der Rechnung steht ein Creditposten — der Betrag der Anweisung. Dann aber wird gegenüber jenem Creditposten ein Debetposten gerade desselben Betrages eingestellt. Erst nachdem diese Umsetzung stattgefunden hat, kann der Saldo berechnet werden, welcher die eigentliche Schuld oder Forderung des Falliten ausdrückt. Waren an Stelle von Wechseln zum Incasso eigene Accepte der Partei, die später fallirt, zugesandt, so würde ganz dasselbe Verfahren zu befolgen sein. Das Accept des Falliten war ein vermeintlicher Creditfactor. Wenn sich dies herausstellt, muss das Gleichgewicht und zwar ex tunc, durch Beifügung eines gleichen Debet-Factors wieder hergestellt werden.[1])

Bei einem durch Fallissement geschlossenen Contocorrent wird also der Saldo aufgemacht, unabhängig von dem Fallissement. Auf keinen Rechnungsposten übt das Fallissement irgend welchen Einfluss aus. Der Saldo wird geschaffen durch das gegenseitige Verhältniss der wirklichen Zahlung und des wirklichen Empfangs. Der Saldo wird geschuldet kraft des Contocorrentvertrages, daher natürlich lange vor dem Fallissement. Das letztere hat zur Folge, dass der Saldo sofort festgestellt wird. Aber es kann den Character eines Creditpostens demjenigen Posten nicht erhalten, welcher a posteriori sich als kein Creditposten heraustellt.

Das Eigenartige des gegenseitigen Creditverhältnisses (was, soweit wir sehen, nur ein anderer Name für den Contocorrentvertrag ist) [a]) liegt

[1]) Vgl. den Nachsatz eines Urtheils des Bezirksgerichts Antwerpen v. 7. Nov. 1871 und eines Bescheids des Appellhofs Brüssel v. 7. August 1869 in M. v. H. XIV, 1872, p. 209, sub No. 5 lautend: Der „Contocorrent wird im Augenblicke des Fallissements als geschlossen betrachtet. Der Banquier und Wechsler also, welcher, nach dem Fallissement Wechsel unbezahlt zurückbekommt, welche er bereits in Rechnung gebracht hatte, kann dafür auch während des Fallissements den Falliten in der Rechnung belasten."

[a]) Vgl. jedoch meine Anmerkung a zu pag. 79 oben, wo übrigens das Wort „periodischen" in Klammern stehen muss.

sonach einfach in der unmittelbaren Umwandlung des Rechtsverhältnisses der Parteien, falls die bisherige Feststellung nur scheinbar war. Diese Umwandlung ist nichts Willkürliches. Sie ergibt sich im Gegentheil aus der Natur der Sache und zwar derart, dass, wenn sie nicht bestände, an ein gegenseitiges Creditverhältniss nicht gedacht werden kann. Jeder Credit-Posten, welcher a posteriori als solcher untergeht, muss nothwendig ein Debetposten nicht geworden, sondern gewesen sein [a]) Nichts natürlicher also, als dass man bei der Abrechnung diesem Posten seinen wahren Character gibt.

Wenn A am 5. Januar einen Dreimonatswechsel dem B zusendet, der am 5. April nicht bezahlt wird, so ist A, der für den Wechselbetrag natürlich creditirt war, damit zugleich Schuldner, nicht vom 5. April, sondern vom 5. Januar ab. An letzterem Datum schien A seinem Handelsfreunde in der Creditgewährung voraus zu sein. Am 5. April dagegen zeigt es sich, dass nicht er, sondern B sich in diesem günstigen Zustande befand. Das beiderseitige Verhältniss auf Grund des Vertrages bringt es ja mit sich, dass nur Einer hinsichtlich desselben Postens in demselben Augenblick Credit geben kann, der Andere daher nothwendig Credit empfangen muss. War es nicht A, der durch Zusendung des Wechsels Credit gab, so ist die Lage nicht die, dass nun Keiner von Beiden Credit gegeben hat. Dies duldet eben die eigenartige Natur des gegenseitigen Creditverhältnisses nicht. Was der Eine von dem Andern nicht empfängt, lässt er in dessen Besitz. Durch das Empfangene geniesst er, durch das im Besitz Lassen gewährt er Credit. Die Lage ist deshalb die, dass A ebensoviel Credit erhielt, als er zu geben verfehlte, mit anderen Worten, dass B ihm in demselben Moment und für denselben Betrag Credit gewährt hat. Dass diese Lage erst später, und zwar erst am 5. April beurtheilt werden kann, ändert an der Sache nichts. Gerade um diesen Aufschub der Beurtheilung der gegenseitigen Stellung zu erhalten, haben die Parteien einander eine laufende Rechnung eröffnet.[1])

[a]) Vgl. die fast wörtlich übereinstimmende Ausführung bei Grünhut a. a. O. pag. 527.

[1]) Welche eminent praktische Bedeutung die hier behandelte Frage hat, mag man aus einem französischen Urtheil ersehen, dem letzten, soweit uns bekannt, welches fraglichen Fall entschieden hat. Es kann, mit seiner unrichtigen Abschweifung auf das Gebiet der Bedingungen, als Typus und zur Warnung für die Abwege dienen, zu welchen gänzlicher Mangel an Einsicht in das Wesen des Contocorrents führt. Es ist dies das Urtheil des tribunal de commerce de Perigueux (Dordogne), abgedruckt in der Gazette des Tribunaux vom 29. Septembre 1871; gipfelnd in den Worten: „considérant que s'il est vrai de dire, qu'en matière de compte courant il est toujours convenu ou sous-entendu que la transmission de valeurs est faite sous la condition de „sauf encaissement“, il est évident, que c'est là non pas une condition suspensive, qui empêche la convention de produire son effet jusqu'à sa réalisation, mais bien une condition résolutoire, qui venant à se réaliser annule la convention et remet les choses au même état qu'auparavant; considérant que cette condition n'est évidemment

§ 33. Abschluss des Contocorrents (Fortsetzung).

Da, wie mehrfach zu Tage getreten, unsere Auffassung des Contocorrentvertrages von derjenigen Creizenachs verschieden ist, so kann es nicht Wunder nehmen, dass Letzterer zur Lösung der hier erwähnten Schwierigkeiten einen andern Weg einschlägt. Wir glauben seine Anschauung auch hier in extenso wörtlich wiedergeben zu müssen. Als erste Schwierigkeit stellt er auf: (a. a. O. p. 64):

„Die Frage nach dem Verhältniss gegenseitig gemachter Rimessen im Falle des Concurses eines der beiden Geschäftsfreunde.“ [a])

stipulée qu'au profit du recevant, qui a seul intérêt à ne pas demeurer débiteur de valeurs qui soient impayées à échéance et qui deviendraient irrecouvrables, que dès lors elle ne peut lui être imposée par le transmettant, et que lui seul, recevant, a la faculté de l'utiliser ou d'y renoncer.“ Im Allgemeinen aber und abgesehen von der unseres Erachtens falschen Construction, gibt die französische Rechtssprechung auch hier von dem ihr eigenen Tacte Zeugniss, wenn sie auch mehr intuitiv, als nach klaren, wissenschaftlich untersuchten Principien zu Werke geht. Bei Courcelle — Seneuil Opérations de banque (3. Ausg.), p. 427 dürfte man dies, was den hier besprochenen Punkt betrifft, bestätigt finden. „La jurisprudence,“ sagt er, „a hésité un moment dans ses décisions sur les effets de la remise de valeurs en compte courant à l'égard des tiers. Le tribunal de commerce de Paris à décidé que suivant les usages du commerce, les remises de valeurs de portefeuille ne sont portées au crédit de celui qui les souscrit et au débit de celui qui les recoit que sous la réserve qu'elles seront payées à l'échéance. Cette condition est toujours sous-entendue. La Cour de Nancy, jugeant dans le même sens, à décidé „que la remise des traites faites en compte courant (entre banquiers) ne constitue qu'une créance réalisable, conditionelle et sauf encaissement.“ En 1838, la Cour de cassation semblait adopter une doctrine contraire. „Les traites de commerce en compte courant, disait-elle, deviennent immédiatement la propriété de celui qui les accepte et dès lors elles doivent être portées réellement et actuellement au crédit de celui qui les a transmises. Si celui-ci est tombé en faillite, l'endosseur (banquier) qui les a remboursées, par suite de non payement, n'a d'autre recours à exercer que le droit de participer aux dividendes“. Mais le 10. mars 1852 elle jugeait par deux arrêts que „la déclaration de faillite (du cédant) ne peut avoir pour effet que rendre pure et simple une créance conditionnelle de sa nature „même lorsque le banquier avait produit éventuellement à la faillite pour le montant des effets non échus.“

[a]) In Frankreich hat man sich, wie auch Creizenach (ed 1873, p. 45, Anm. *) hervorhebt, die richtige Betrachtung und Entscheidung der Frage dadurch (zu Gunsten des Einsenders einer Rimesse etc.) unendlich erschwert, dass man annahm, die Buchung im Credit des Einsenders bewirke stets einen definitiven Uebergang in das Eigenthum des Empfängers, so dass von einer Stornirung nicht mehr die Rede sein könne, wie dies auch noch im Jahre 1838 in dem in der vorhergehenden Anmerkung abgedruckten Urtheil die cour de cassation annahm.

Jedoch bereits im Jahre 1852 durch die (bei Feitu a. a. O., p. 240 u. 241 abgedruckten) Urtheile vom 10. März und vom 10. August (S. 1852, I 260 und JP. t. I 1854, 214) kam dieser höchste Gerichtshof Frankreichs von jener Ansicht zurück, die dann durch das Urtheil vom 14. Mai 1862 (JP. 1863, p. 185) völlig durch folgende klarere, wenn auch noch nicht ganz in das Wesen und auf den Grund der Sache eindringende Ausführung beseitigt wurde: „que la clause de sauf encaissement, ne suspend pas la propriété des effets transmis dans les mains du recevant jusqu'à l'événement du paiement réel de ces effets;

„Der Fall, welcher schon zu unzähligen Processen in Folge absichtlicher oder unabsichtlicher Missverständnisse Veranlassung gegeben hat,

qu'elle crée seulement au profit de celui-ci, pour le cas, où les effets ne sont pas payés à l'echéance, une condition résolutoire qui autorise le recevant à contrepasser au débit du remettant le montant des valeurs impayées, qu'il avait d'abord inscrites au crédit de celui-ci; que cette résolution est un droit, dont le recevant était libre d'user ou de ne pas user selon le soin de son propre intérêt.“ Diese Entscheidung wird dann im Urtheil des nämlichen Gerichtshofs vom 25. Juni 1862 (JP. 1862, p. 1172) mit den Worten bestätigt: „attendu qu'il est constant en droit, que la condition d'encaissement à l'échéance est toujours sous-entendue dans les remises d'effets en comptes-courants, que, dans le cas de faillite de celui qui a remis les billets, le solde du compte arrêté par la faillite au jour de son ouverture n'est pas définitif et reste subordonné à l'échéance des billets non encore échus; que des lors si ces effets ne sont pas payés à leur échéance, ils doivent être rayés du crédit du failli, et le solde du compte réduit de leur valeur, qu'il en doit ainsi, alors même que les effets auraient été négociés par celui qui les avait reçus en compte courant, si, à défaut de paiement à l'échéance, ce dernier se trouve obligé, d'en rembourser le montant aux tiers porteurs postérieurement à la faillite; attendu, sous un autre rapport, que le principe prohibitif de la compensation édicté par l'article 446 du Côde de commerce ne saurait être appliqué en une semblable hypothèse.“ Vergl. Urtheil der cour de cass. v. 10. janvier 1872 (S. 1872 I p. 25).

Feitu, der diese Entscheidungen billigt (a. a. O. p. 242), weiss sich aber doch nicht ganz zurechtzufinden, und stellt folgenden Satz (p. 236) auf: „Lorsque des effets sont remis en compte courant, le récepteur en devient sans doute propriétaire, car toute remise en compte courant doit être faite en toute propriété; mais le crédit donné par le récepteur ne correspond pas à la translation de la propriété de l'effet; il est subordonné à l'encaissement de cet effet; le récepteur le prend pro solvendo et non pro soluto“.

Ist der Vorbehalt des Eingangs auf Grund des gegenseitigen Creditverhältnisses stillschweigend als vorhanden anzusehen, so kann schon deshalb von einem definitiven Uebergang des Eigenthums der Rimesse etc. auf den Empfänger nicht die Rede sein und es kann also die Stornirung wegen Uebergangs des Eigenthums, das ja nur ein Mittel zur Erreichung des Zweckes sein soll, nicht verhindert werden; aber es kann vorkommen, dass der Empfänger auch die Gefahr hat übernehmen wollen und übernommen hat, so dass alsdann aus diesem Grunde die Rückbuchung wegzufallen hat (cf. Creizenach a. a. O. ed 1873, p. 48). —

Für den Fall, dass der Empfänger die (ohne Uebernahme der Gefahr empfangene) Rimesse etc. begeben hat, sind vielfach in der Theorie (namentlich für den Concursfall, wo sich aber an den Principien gar nichts ändert) unnöthige Schwierigkeiten erhoben worden. (cf. Dalloz répert. No. 143 ff.; Pardessus cours de droit comm. Tom IX § IV No. 1218 ff. u. A. Es ist zu unterscheiden:

a) Musste der Empfänger selbst die Rimesse etc. im Regresswege einlösen, so stornirt er die ursprünglich dem Einsender creditirte Wechselsumme (sammt den seinerseits aufgewandten Spesen etc.); musste jedoch
b) der Einsender der Rimesse etc. dieselbe im Regresswege einlösen, ohne seinerseits wieder gegen dem Empfänger auf Grund des Wechsels vorgehen zu können, so bleibt die Creditirung des Einsenders bestehen, ist also zur Stornirung kein Grund vorhanden; muss jedoch
c) sowohl der Einsender als der Empfänger auf gegen sie gemeinschaftlich seitens eines Dritten angestellte Wechselklage zusammen zahlen, so stornirt der Empfänger denjenigen Theil der Gesammtwechselsumme, den er dem Dritten hat wieder herauszahlen müssen.

Auch eine weitere Schwierigkeit lässt sich unschwer lösen:

ist der: Der eine Contrahent übersendet dem andern noch nicht fällige oder wenigstens noch nicht bezahlte Wechsel zur Einkassirung; die Thatsache an sich hat offenbar mit dem zwischen beiden bestehenden Contocorrentverhältniss nichts zu schaffen, da blos ein Commissionsgeschäft, ein Mandatsverhältniss vorliegt, kein Theilhaber dem andern, in Folge der gemachten Rimesse, an sich betrachtet, Geld schuldig ist. Der kaufmännische Gebrauch will aber, dass solche Valuten sogleich zur Entlastung des Mandanten und zur Belastung des Mandators in die Contocorrentscriptur eingetragen werden, der Letztere sich also als Schuldner des Ersteren für den Betrag jener Rimesse erklärt, die als Anschaffung gilt. Werden die Rimessen nicht honorirt, entsteht dadurch allein noch keine besondere Schwierigkeit, die Anschaffung fährt fort als Anschaffung, der Mandator als Schuldner zu figuriren. Er hat aber ein Rückforderungsrecht gegen den Mandanten, selbst wenn dasselbe nicht ausdrücklich durch die Klausel „vorbehaltlich richtigen Einganges“ oder „sauf encaissement“ stipulirt worden ist. Dieselbe ist bei dergleichen Geschäften eine stillschweigende Bedingung und eine natürliche Folge des Grundsatzes: Anweisung ist keine Zahlung. Jenes Rückforderungsrecht aber besteht in einer liquiden Geldforderung, und tritt als solche mit doppeltem Recht in den Contocorrentnexus; der Remittent wird mit dem ganzen Betrag der unbezahlt gebliebenen Rimesse, der berechneten Zinsen und Spesen durch Ausgleichungsposten in seinem Soll (contrepassation d'écriture) belastet, und Alles ist — wenn beide Theile solvent bleiben! — in schönster Ordnung.

Sowie aber der eine oder der andere Theil insolvent wird, ergeben sich Anstände über Anstände! Hat der Insolvente einen Passivsaldo und ist er es, von dem die unbezahlte Tratte remittirt worden, so wird seine Masse, gestützt auf den Contocorrent des andern Theils, den Betrag der Tratte von ihrer Schuldigkeit abziehen wollen. Hat er die Tratte empfangen und ist der andere Theil Saldoschuldner, so wird dieser die nämliche Reclamation erheben, und Jeder wird sich dabei auf den Satz

Der Empfänger einer Rimesse ist in der Regel berechtigt, sowohl gegen dritte ihm vorgehende Wechselschuldner als (wenigstens wenn der Contocorrent durch Concurs geschlossen ist) gegen den Einsender behufs möglichster Realisation des ihm zugesandten Effects vorzugehen, und braucht nur denjenigen Theil der Wechselsumme dem Einsender zu storniren, welchen er weder von Dritten noch von dem Einsender selbst hat erhalten können. Die Meinung Feitu's, welcher dies Recht des Empfängers zwar dritten Wechselschuldnern gegenüber anerkennt, dem Einsender gegenüber aber leugnen will (a. a. O. p. 197 u. 198), ist für den Fall, dass der Contocorrent, also auch die gegenseitige Creditbeziehung durch Concurs etc. geschlossen ist, unbegründet, und nur für den Fall richtig, dass die Nichtzahlung der Rimesse etc. während der Dauer des gegenseitigen Creditverhältnisses, also während des Laufes des Contocorrents eintritt (vergl. für diesen Fall meine Anmerkung auf pag. 116 al. 2, welche Anmerkung sich auf diesen letzteren Fall allein bezieht), falls nicht einer der in der letzterwähnten Anmerkung pag. 116 sub * erwähnten Ausnahmefälle vorliegt.

In allen Fällen aber versteht es sich von selbst, dass der Empfänger nicht

stützen, dass durch die Insolvenzerklärung der Contocorrent seinen Abschluss erlangt, und von einer Rückgutschrift der unbezahlt gebliebenen Rimesse an den Abgeber mit deren, bereits dem Empfänger zur Last gesetzten, Betrag die Rede nicht mehr sein könne.

Zur Lösung der Frage hat man aber vor Allem zu erwägen, dass, wie bereits bemerkt, eine Rechnung, und noch weniger die zum Zweck der Stellung einer solchen beliebte Aneinanderreihung ihres Materials, (in unserm Falle die Operation des das Contocorrentbuch führenden Comptoiristen) keine Rechtsverhältnisse begründen, sondern nur das durch die That-

erst storniren, und dann noch als Wechselgläubiger vorzugehen versuchen kann, und dass andererseits der Empfänger seitens des Einsenders, falls die Stornirung im Interesse des Letzteren liegt, nicht zur Stornirung genöthigt werden kann, da diese nur ein Recht des Empfängers ist. cf. Boistel a. a. O. pag. 609.

Hinsichtlich der Vindication von Wechseln etc. ist für Frankreich zu vergleichen der durch das Gesetz vom 28. Mai 1838 eingeführte art. 574 des côde de commerce: „Pourront être revendiquées, en cas de faillite, les remises en effets de commerce ou autres titres non encore payés et qui se trouveront en nature dans le portefeuille du failli à l'époque de sa faillite, lorsque ces remises auront été faites par le propriétaire avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition, lorsqu'elles auront été de sa part spécialement affectées à des payements déterminés".

Hienach ist kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung, welche (nach ihrer Entstehungsgeschichte) auch für das Contocorrentverhältniss Geltung haben soll und hat, die Vindication in den Ausnahmefällen gestattet, welche, weil in directem Gegensatz zum Princip des Contocorrentvertrages (gegenseitige Creditgewährung) stehend, eigentlich überhaupt nicht in den Contocorrent gehören (cf. meine Anmerkung a und * auf pag. 116 oben; Urtheil der cour d'appel de Toulouse vom 21. août 1874 — bestätigt durch Urtheil der cour de cass. vom 12. avril 1876 — verb.: „que cette affectation particulière, résultant de la convention des parties, place le billet à ordre, dont s'agit, en dehors de ce compte", S. 1877, I p. 165).

Dem vorgedachten art. 574 ähnlich lautete der § 24 der preussischen Concursordnung: „Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen, welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Realisirung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung übermacht worden sind, dass sie zur Deckung gewisser bei der Uebermachung bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, können zurückgefordert werden, wenn sie zur Zeit der Concurs-Eröffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten vorhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt"; vergl. den art. 1114 No. 5 des spanischen Handelsgesetzbuchs, den art. 243 des holländischen Handelsgesetzbuchs und den art. 566 des belgischen Fallimentsgesetzes.

Es ist zweifellos, dass auch nach heutigem deutschem Concursrecht die Vindication in diesen Ausnahmefällen gestattet ist, und dass derselben auch „weder der art. 74 der W.O., noch der art. 307 des A.D.H.G.B. entgegensteht" (Motive zur Concursordnung für das deutsche Reich p. 88).

Ebenso gewiss ist, dass das französische Gesetz (was man schon per argum. e contr. aus art. 574 folgern kann, vgl. Grünhut a. a. O. p. 488), die Vindication von Wechseln etc. gegen den Willen des Empfängers, der dieselben dem Uebersender im Contocorrent creditirt hat, in den sonstigen (Regel-) Fällen ausschliesst.

Auch für das deutsche Recht (cf. art. 35 der Con. O. für d. Deutsche Reich) wird dieser Satz als Princip, und zwar als Consequenz der oben mehrfach erörterten Grundsätze, anerkannt werden müssen. —

sachen bereits begründete Rechtsverhältniss in seinen Resultaten darstellen soll. An die Rechnung muss das Rechtsverhältniss als Probe angelegt werden können, sonst ist sie falsch. Im vorliegenden Falle regulirt also der Contocorrentvertrag, der die Normen für die Contocorrentstellung in sich trägt, welche also falsch ist, wenn sie jenen Normen nicht entspricht. Dieser Vertrag besagt aber, dass keine endgültige Be- und Entlastung stattfinden soll, bevor der Contocorrentschluss erfolgt und der definitive Saldo ermittelt ist. Dieser Saldo selbst ist eine Folge des Contocorrentvertrags, nicht der Contocorrentstellung, in Folge jenes Vertrags wird er geschuldet, und zwar ex tunc. Was der eine Contrahent dem andern jemals aus dem Contocorrentverhältniss schuldete, ist ein Bestandtheil, ein Factor des Saldo's. Nun ist aber der Regress-Anspruch wegen jeder unbezahlt gebliebenen Tratte, deren Betrag in den Contocorrentnexus getreten ist, selber nichts Anders als eine aus dem Contocorrentverhältniss fliessende Forderung, eine Obligation causa data causa non secuta, welche mit der Remittirung entstanden ist, also vor der Insolvenzerklärung. Die Saldoberechnung, welche den Betrag dieser Regressforderung nicht als Bestandtheil in sich schliesst, ist also falsch, und jede Contocorrentstellung vor dem Moment, wo man mit Bestimmtheit weiss, dass alle darin figurirenden von Dritten zahlbaren Valuten auch honorirt worden, ist mangelhaft. Object des Contocorrentvertrags ist der Complex aller in Folge davon eingegangenen Verbindlichkeiten, also auch die, von der eben die Rede ist; sie ist anzusehen, als sei bei Abschluss des Contocorrentvertrags entstanden, die schriftliche Uebersicht in den Büchern möge aussehen, wie sie wolle; der Betrag der nicht honorirten Valuta tritt in das Debet desjenigen, der sie begeben; er hat damit nicht compensiren können, weil noch kein definitiver Contocorrentschluss vorhanden, der Moment noch nicht eingetreten war, wo überhaupt von Compensationen die Rede sein kann, weil mit einem Worte kein einzelner Schuldposten mit einem oder mehreren einzelnen Schuldposten compensirt werden darf, sondern blos die Summe aller in Folge des Contocorrentvertrags entstandenen Verbindlichkeiten des einen Contrahenten mit der Summe aller Gegenverbindlichkeiten compensirt werden muss." [a])

Das Resultat dieser Darstellung ist dem unsererseits vertheidigten gleich. Auch die Lehre, dass auf dem Gebiete des Contocorrents zwischenzeitlich weder Compensation noch Imputation stattfindet, ist, wie gezeigt, ebenfalls die unsrige. Darin aber weicht unsere Construction von der jenes Schriftstellers ab, dass wir die letzterwähnte Lehre nicht als Stützpunkt jenes Resultats betrachten können. Wir sind nicht überzeugt, dass sie, obschon an sich völlig richtig, eine mehr als untergeordnete Rolle bei der Lösung der Frage zu spielen hat, die uns beschäftigt.

Daher können wir auch die Frage selbst, wie sie deutlich gestellt

[a]) Vgl. Creizenach 1873, p. 43—46 und p. 47 u. 48.

wird, nämlich: kann die fallite Masse mit den (unbezahlt gebliebenen) Rimessen oder Accepten compensiren? nicht acceptiren. Diese Frage ist eigentlich nur eine andere Form für die Voraussetzung, dass die fallite Masse die Befugniss habe, einen Posten im Contocorrent (nämlich die Rimesse oder das Accept) als Zahlung dienen zu lassen. Es ist nun von Creizenach und uns unbezweifelt, dass diese Voraussetzung nicht vorhanden ist, also von Compensation keine Rede sein kann. Was als Zahlung (debet) soll dienen können oder nicht, kommt erst bei der Abrechnung zur Sprache.

Mit dieser Regel aber ist die Schwierigkeit nur halb gelöst. Freilich mag im Augenblick der Abrechnung zugleich untersucht werden, was als credit gelten soll, und was nicht. Unser Einwand aber gegen das Princip Creizenachs besteht darin, dass mit diesem Princip weder die Art der Gegenforderung des Empfängers (der unbezahlt gebliebenen Rimessen oder Accepte), noch die Zeit, wann die Gegenforderung entsteht, richtig nachgewiesen ist.

Beides: Art und Zeit, ist in folgendem von Creizenach aufgestellten Satze bestimmt:[1]) „Nun ist aber der Regressanspruch wegen jeder unbezahlt gebliebenen Tratte, deren Betrag in den Contocorrentnexus getreten ist, selber nichts anders als eine aus dem Contocorrentverhältnisse fliessende Forderung, eine Obligation causa data causa non secuta, welche mit der Remittirung entstanden ist, also vor der Insolvenzerklärung.“

Täuschen wir uns nicht, so sind in diesen Regeln, welche in der That das A und das Z der Creizenach'schen Rechtfertigung des Ausschlusses der Compensation bilden, zwei Ketzereien enthalten. An erster Stelle wird die Regressforderung des Empfängers (der unbezahlt gebliebenen Rimessen oder Accepte) genannt: „eine aus dem Contocorrentverhältniss fliessende Forderung.“ Dies ist nöthig, weil für eine Forderung, welche etwa als solche dem Contocorrentverband fremd wäre, darin natürlich überhaupt keine Stelle gesucht werden kann. Nun ist aber gerade Creizenach der Erste, der einige Zeilen vorher bestimmt, dass die Zusendung von Rimessen oder Accepten nichts in der Welt mit dem Contocorrentverhältniss zu schaffen habe:[2]) „die Thatsache an sich hat offenbar mit dem zwischen beiden bestehenden Contocorrentverhältniss nichts zu schaffen,“ lauten seine Worte. Woher wird denn nun plötzlich eine so genaue Verbindung der Regressforderung mit jenem Verhältniss angenommen?

Vielleicht wird diese Frage durch eine Betrachtung beantwortet, die man sich folgendermassen vorstellen kann. Kraft Handelsgebrauchs wird die Rimesse oder das Accept bei dem Empfang als Creditposten gebucht. In den Contocorrent wird also etwas aufgenommen, was an sich ihm fremd ist. Aus demselben Grunde muss auch die Nichtzahlung der Ri-

[1]) Vergl. p. 144 oben.
[2]) Vergl. p. 142 oben.

messe oder des Acceptes als zu dem Contocorrentverhältniss gehörig betrachtet werden. Wenn diese Lösung gemeint ist, so dürfte uns entgegnet werden, dass man das kürzer hätte ausdrücken können, als es von Creizenach geschehen ist. Wenigstens kommt dann jene Behauptung darauf hinaus, dass, was auf der einen Seite in Folge eines Handelsgebrauches für eine übersandte Rimesse creditirt wird, ebenso auf der andern wegen Nichteinlösung, in Folge des nämlichen Handelsgebrauches, für denselben Posten debitirt wird. Daran, nämlich an dem Bestehen, und selbst an dem allgemeinen Bestehen dieses Gebrauches, zweifelt Niemand. Es handelt sich aber darum, einen Rechtsgrund dafür anzugeben. Diesen aber können wir in der Darstellung jenes Schriftstellers aus dem einfachen Grunde nicht finden, weil unserer Ansicht nach, so lange die Rechnung läuft, „keinerlei Handlung oder Forderung aus dem Contocorrentverhältniss fliesst." Die auf der Rechnung vorkommenden Posten sind selbstständige Posten der Endziffer. Es muss aber, damit sie in die Rechnung eingestellt werden, eine Veranlassung aliunde bestehen. Für uns, die wir die **gegenseitige Creditgewährung** als den Zweck der Parteien ansehen, besteht die Veranlassung in der That. Für Creizenach aber, der diesen Zweck verwirft, besteht sie nicht.

Noch weniger glücklich scheint jener Schriftsteller mit der Bestimmung der Zeit zu sein, wann die Regressforderung entsteht. Die Wichtigkeit dieses Punktes springt in's Auge, und wird auch in der That von ihm klar auseinandergesetzt. Um den Creditposten (Rimesse oder Accept) gegen den Debetposten (Regressforderung) aufwägen zu können, muss die letztere vor dem Fallissement entstanden sein. Daher lässt sie Creizenach auch „mit der Remittirung, also vor der Insolvenzerklärung" geboren werden. Unserer Ansicht nach aber ganz mit Unrecht. Dass die Regressforderung auf Grund einer unbezahlten Rimesse oder eines unbezahlten Accepts nichts Anderes ist, als die condictio causa data causa non secuta scheint uns völlig richtig. Gerade deshalb aber ist es unerklärlich, wie die Rede davon sein kann, dass eine Forderung früher entsteht, als ihr Rechtsgrund. Wenn je eine actio nondum nata vorhanden ist, wird es wohl die Regressforderung sein, bevor es entschieden ist, ob der Acceptant zahlt. Dieser Punkt ist nicht dem geringsten Zweifel unterworfen. „Wodurch," sagt Bähr,[1]) „wird nun in diesem Falle die Condiction causa data, causa non secuta begründet? — Lediglich durch den Nichteintritt der causa, unabhängig davon, ob der Condicent bei der Hingabe den Nichteintritt der causa hätte wissen können oder nicht, unabhängig selbst davon, ob er diesen Nichteintritt selbst verschuldet hat."

Creizenach selbst würde diese wichtige Lücke in seiner Lehre wohl bemerkt haben, wenn er sich weniger unwissenschaftlicher Ausdrücke bedient hätte. Er umschreibt nämlich die Regressforderung als eine Obligation c. d. c. n. s., und lässt diese Obligation mit der Uebersendung

[1]) Die Anerkennung p. 67.

der Rimesse entstehen. Dadurch ist der Begriffsverwirrung äusserst leicht Vorschub geleistet. Gewiss besteht durchaus keine Einstimmigkeit bezüglich der Grundlage der condictio c. d. c. n. s.[1]) Insofern steht es also Creizenach völlig frei, hinsichtlich dieser Grundlage sich der älteren Lehre anzuschliessen, welche die Condictionen aus einem Vertrage entstehen lässt, dessen Existenz angenommen wird.[2]) Dadurch aber ist unsere Streitfrage nicht entschieden. Man compensirt Schuld mit Schuld, doch wo einerseits eine Schuld besteht (nämlich der Creditposten aus der Rimesse oder dem Accept), kann eine Berufung auf die causa einer eventuellen Forderung (nämlich des Debetpostens, wenn das Accept oder die Rimesse nicht bezahlt wird) nicht dem gegenüber gestellt werden. Mag auch die Existenz einer Obligation vor dem Fallissement zugegeben werden, die Forderung entsteht erst nachher. Hinsichtlich dieser würde daher Creizenach, da auch in seiner Darstellung die Zeit der Entstehung entscheidend ist, die Compensation zugeben müssen, was er aber gerade nicht will.

§ 34. Feststellung des Saldo's. Abrechnung.

a) Zusendung des Contocorrents.

Wenn die Zeit des bestimmungsmässigen Contocorrentabschlusses erschienen, kommen verschiedene Phasen auch in rechtlichem Sinne vor. Der gemeinschaftliche Name für die verschiedenen Verhältnisse, in welchen die Parteien stehen können, ist der der Abrechnung. Naturgemäss ist also der Begriff, den dies Wort ausdrückt, vieldeutig. Um das auf die Parteien anwendbare Rechtsverhältniss festzustellen, muss man jeder ihrer Handlungen gleichsam auf dem Fusse folgen. Da sich das obligatorische Moment sehr oft hinter Thatsachen verbirgt, muss, soweit thunlich ein vollständiges Bild dieser Thatsachen und Handlungen gegeben werden. In der Praxis wird wohl meist eine zusammenhängende Reihe dieser thatsächlichen Erscheinungen vorkommen. Die Theorie aber hat jede derselben besonders zu untersuchen. Dies umsomehr, als hinsichtlich der verpflichtenden oder befreienden Kraft bald auf diese, bald auf jene Handlung der Nachdruck gelegt werden muss.

Den Anfang zur Abrechnung, also die erste Thatsache in der soeben erwähnten Reihe bildet die Zusendung des Contocorrents. Eine der Parteien stellt die Uebersicht der Posten in Empfang und Ausgabe zusammen. Dies Schema zeigt auf der Debetseite die Schuld des Handelsfreundes (also die Forderung des Uebersenders), auf der Creditseite die Schuld des Uebersenders (also die Forderung des Handelsfreundes). Was ein Jeder empfangen zu haben zugibt, erkennt er zugleich an schuldig

[1]) Vgl. Windscheid Pandekten II, p. 538, Anm. 13, wo die Literatur über diesen Punkt angegeben ist.

[2]) Windscheid ibidem: „Früher war es sehr gewöhnlich, diese Condictionen auf einen fingirten oder präsumirten Vertrag zurückzuführen."

zu sein. Was ein Jeder ausgegeben zu haben darstellt, behauptet er immer noch (zurück) empfangen zu müssen. An und für sich hat daher die ganze Creditseite für den Uebersender des Contocorrents eine obligatorische Bedeutung, während umgekehrt für den Empfänger die ganze Debetseite die gleiche obligatorische Bedeutung hat.

Schon hieraus erhellt, dass die Zusendung des Contocorrents wenigstens Etwas bedeutet. Ich kann anerkennen, dass ich Dir etwas schuldig bin. Dass Du mir etwas schuldig bist, musst Du anerkennen, nicht ich. Letzteres kann ich nur behaupten. So lange aber dies Behaupten Deine Sanction nicht hat, befreit es mich nicht von der Nothwendigkeit des Beweises. Hingegen bist Du, mit meiner Rechnung in der Hand, in günstigerer Lage. Es steht in Deiner Macht sie pure et simpliciter anzunehmen. Dann ist ein obligo geschaffen, wogegen ich allein auf dem Wege der condictio indebiti aufkommen kann.[1])

Diese Betrachtung gibt zu einer höchst wichtigen Frage Anlass. Wenn eine der beiden Parteien, und zwar die creditirte, durch die Zusendung in günstigere Lage kommt, lässt es sich denken, dass sie auf die Zusendung Werth legt. Da nun des Einen credit im Contocorrent des Andern debet ist, und umgekehrt, so wird man sich denken können, dass keiner der Contrahenten sich in den nachtheiligen Zustand bringen will, seine eigene Schuld anerkannt zu haben, ohne zugleich sich vergewissert zu haben, dass der andere ebenfalls die gleiche Anerkennung abgibt.

Diesem Wetteifer in der Aengstlichkeit kann jede der Parteien dadurch ein Ende machen wollen, dass sie ihrerseits von der andern fordert, dass diese den Contocorrent aufmache und ihr einhändige. Daher taucht denn die soeben angedeutete Frage auf, nämlich: Besteht ein solches Recht auf der der einen oder andern Seite, und wenn ja, auf welcher?

Bemerkenswerth ist die Virtuosität, womit sich Noblet über den hier besprochenen Punkt wegsetzt. Seine Bemerkung ist kurz und bündig, aber in Ermanglung von Motiven etwas mager: Sie lautet folgendermassen[2]): „Lorsqu'une des deux parties ne peut obtenir de l'autre le réglement amiable du compte courant, elle peut l'assigner purement et simplement en dressement de ce compte. Mais le plus souvent, comme c'est la partie créancière présumée du solde, qui est obligée de former l'action, elle dresse elle-même le compte, la balance, et assigne l'autre partie en paiement du solde.“ [a])

[1]) Vgl. pag. 62 (in dem hier nicht abgedruckten allgemeinen Theile).

[2]) a. a. O. p. 161.

[a]) Interessant ist die fast wörtliche Wiedergabe dieser Stelle durch Feitu a. a. O. p. 427: „C'est un droit pour chacune des parties, d'obtenir de l'autre le règlement du compte. Lorsque l'une des parties se refuse à ce règlement, l'autre peut l'assigner en justice. Alors se présente l'action en règlement de compte, action formée en général par celui des correspondants qui est créancier présumé.“ Damit kein Zweifel darüber bestehe, dass Feitu wirklich eine Klage auf Rechnungsstellung meint, ist pag. 428 No. 312 seines Buches zu vergleichen:

Man sieht: de minimis non curat Noblet. Der, dem ein Activsaldo zukommt, soll „le plus souvent" zur Zahlung desselben auffordern. Ist aber Jemand excentrisch genug, der allgemein bestehenden Gewohnheit nicht zu folgen, dann hat er „purement et simplement" das Recht, die Aufmachung des Contocorrents zu fordern. Die natürliche Antwort des französischen Schriftstellers auf die oben gestellte Frage ist also: die am schnellsten bereite Partei kann zur Einsendung des Contocorrents auffordern.

Wir unsererseits sind jedoch gerade der entgegengesetzten Meinung. Nach unserer Ansicht hat, auf dem Gebiete des Contocorrents, keine der Parteien das Recht, von der andern den Contocorrent einzufordern. [b]) Zur Stütze dieser unserer Ansicht müssen wir aber kurz an Art und Zweck dieses Rechtes erinnern.

Es sind mannigfache Rechtsverhältnisse denkbar, wodurch Jemand, sei es ex contractu, sei es ex lege, in Folge der Wahrnehmung der Geschäfte eines Andern, diesem gegenüber in Obligo kommt. Der Vormund, der Curator, der Beneficiarerbe, der Mandatar, der negotiorum gestor und viele Andere sind nach der Natur der Sache und auf Grund ihrer Stellung verpflichtet, den Umfang ihrer Thätigkeit und die daraus sich ergebenden Verpflichtungen klarzulegen. Der dominus negotii weiss ja gewöhnlich nicht, und kann sogar in der Regel nicht wissen, was in seinen Sachen geschehen ist. Es sind ja nicht allein mit ihm, sondern auf Grund des Mandats selbst, auch mit Dritten Geschäfte abgeschlossen worden. Bei letzteren war er nicht zugegen. Er ist also genöthigt, von den (gesetzlichen oder vertragsmässigen) Mandataren zu hören, was diese zum Nutzen des Dominus gethan haben.

Rechenpflichtig, d. h. verpflichtet zur Verschaffung solcher Aufschlüsse, sind deshalb Alle, deren (gesetzliche oder vertragsmässige) Geschäftsführung Ansprüche gegen den Geschäftsherrn in's Leben ruft, deren Umfang ohne ihre eigene Mitwirkung, gewöhnlich nicht festgestellt werden kann. Die Rechenpflichtigkeit ist also für den dominus negotii das Mittel, um zur Erkenntniss seiner Ansprüche bezüglich der für seine Rechnung empfangenen Gelder zu kommen. Sie besteht und muss bestehen zu seinem Nutzen, als sein Recht. Keineswegs ist sie umgekehrt nöthig, um den Umfang der Verpflichtungen des dominus dem Mandatar gegenüber überschauen zu können. Letztere, namentlich die zum Nutzen des dominus gemachten Ausgaben, kennt der Mandatar. Sie dem Mandanten gegenüber geltend zu machen oder zurückzufordern, ist Sache des Mandatars. Dessen Recht, uti indemnis servetur, hat mit der Rechenpflichtigkeit nichts zu thun.

Diese Erwägung leitet uns zu dem (allerdings nicht in directer Verbindung mit diesem Punkte stehenden) Nachweis eines oft vorkommen-

„cette action (sc. l'action en règlement de compte) a pour objet de faire dresser le compte par le juge, lorsque les parties ne s'entendent pas pour le régler à l'amiable."

[b]) cf. Grünhut a. a. O. p. 511.

den Irrthums. Bähr[1]) stellt ihn folgendermassen dar: „Der Geschäftsherr hat auf die Verzeichnung der Ausgabeposten weder ein Recht, noch dabei ein Interesse; ihre processualische Begründung liegt ja schon an sich dem Geschäftsführer ob, und dieser allein ist dabei interessirt, dass sie zur Geltung kommen. — Nicht selten aber wird die Natur der Rechnungsstellung dahin verkannt, als ob solche ein Recht nicht blos des Geschäftsherrn, sondern auch des Geschäftsführers sei. Wenn der Geschäftsherr zufällig im Stande ist, selbst die Einnahme zu verzeichnen, und deshalb sofort auf deren Erstattung klagt, so weist man diese Klage zurück, „„weil der Geschäftsherr auf die Einnahme nur nach Abzug der Auslagen ein Recht habe und deshalb erst auf Rechnungsablage klagen müsse"".

Tout comme chez nous — möchten wir sagen. Auch unsere Rechtsprechung zeigt eine Musterkarte der verschiedensten Entscheidungen über diesen Punkt.[2]) Nach dem Vorausgegangenen ist es wohl von

[1]) Anerkennung p. 247.

[2]) Zum Beweise führen wir aus Léon, Rechtsprechung die Anmerkung zu art. 58 des W. v. K. sub No. 1 an:

1) Wenn es sich herausstellt, dass von zwei Personen, welche Theilhaber einer für gemeinsame Rechnung betriebenen Handlung sind, hinsichtlich dieses Geschäfts gegenseitig Einnahmen und Ausgaben gemacht worden sind, so ist zwischen ihnen eine gegenseitige Rechenpflichtigkeit entstanden, und hat mithin der Eine das Recht, gegen den Andern auf Rechnungslegung und Auseinandersetzung zu klagen, aber er ist nicht befugt, als Theilhaber von dem andern die Bezahlung der von ihm selbst gezahlten Summen zu fordern, welche zu Nutzen oder zu Lasten des gemeinschaftlichen Geschäfts ausgegeben sind, da durch solche Forderung, ohne vorausgehende Rechnung und Auseinandersetzung zwischen den Theilhabern, die Rechte des andern Theilhabers verletzt werden würden.

Urtheil des Bezirks-Gerichts zu Bosch vom 28. April 1846 W. No. 1023, das entgegengesetzte Urtheil des Gerichtshofs zu Oss vom 9. Juni 1847 vernichtend; Bezirksgericht Bosch vom 16. Juni 1848, W. No. 1031; idem nach den Principien des französischen Rechts erkannt im Urtheil des Bezirksgerichts Leeuwarden vom 24. Mai 1842. R. Beibl. Thl. V p. 505; idem Bezirksgericht zu Haag vom 27. Juni 1851 W. No. 1243; idem Bezirksgericht zu Rotterdam vom 30. April 1856. R. Beibl. Thl. VI p. 468.

Anders Ger.-Hof zu Haag vom 29. Juli 1840 W. No. 169; Bezirksgericht zu Haag vom 22. Oct. 1840 Niederl. Rechtsspr. Thl. X p. 458; Bezirksgericht Leiden vom 18. Mai 1847 W. No 835. Urtheile des Hohen Raths (Cassationshofs) vom 2. und 9. Jan, 7. Febr. 1851 W. No. 1200; Bezirksgericht Amsterdam vom 30. Mai 1851. Amst. Rechtspr. II p. 118; Urtheil des Cassationshofs vom 19. Dec. 1851, W. No. 1296; Apellhof von Süd-Holland vom 14. Jan. 1852 W. No. 1297. Bezirksgericht Amsterdam vom 31. Mai 1854. Rechtsgel. Beibl. 1854 p. 475; Bezirksgericht Mastricht vom 31. März 1853 W. No. 1543. Apellhof von Nord-Holland vom 15. Nov. 1860 in Cassation eines Urtheils des Bezirksgerichts Amsterdam vom 27. April 1859 M. v. H. II 1860 p. 328. Rechtsspr. Bezirksgericht Hoorn vom 19. Sept. 1860 M. v. H. II 1860 p. 264. Rechtsspr., welche alle entscheiden, dass eine Partei, welche gerichtlich Dasjenige geltend machen will, was ihr auf Grund der für gemeinsame Rechnung erfolgten Handlungen nach ihrer Behauptung zukommt, nicht verpflichtet ist, auf Rechnungsstellung und Auseinandersetzung oder Trennung zu klagen, sondern eine bestimmte Summe als Saldo einfordern kann. Nach dem oben mitgetheilten Urtheil des Bezirksgerichts Mastricht vom 31. März 1853 ist

selbst klar, dass wir dem dominus negotii, der selbst bestimmen kann, wieviel zu seinem Nutzen empfangen ist, das Recht zuerkennen, auf Zahlung eines Saldo's zu klagen. Seine Klage kann allein dazu dienen, zu erlangen, was ihm zukommt. Der Mandatar möge dadurch für sich sorgen, dass er gegenüber jener Klage solche Ausgaben in Rechnung bringt, welche unausgeglichen geblieben sind. „Eine Klage auf Rechnungsstellung, sagt Bähr,[1]) lediglich zu dem Zweck, dass der Geschäftsführer seine Ausgabeposten geltend mache, ist eine Klage darauf, dass der Verklagte darauf excipire; eine solche Klage zulassen oder gar begehren, heisst den Process verdoppeln."

Kehren wir nach dieser Abschweifung zu unserer Frage zurück. Abgesehen von den aus dem Gesetz sich ergebenden Rechtsbeziehungen (die uns hier nichts angehen), besteht das Recht, sich eine Rechnung stellen zu lassen, oder, quod eodem redit, das Verhältniss der Rechnungspflichtigkeit mit den es beherrschenden processualischen Regeln (art. 771 ff., art. 782 ff. des Niederländ. bürgerl. Gesetzbuchs) allein dann, wenn ein dominus negotii nachgewiesen werden kann. Beinahe immer wird dessen Rechtsverhältniss zu dem Abrechnungspflichtigen aus einem Mandat oder einer negotiorum gestio abgeleitet werden können nnd müssen. Er, der dominus, ist Derjenige, zu dessen Nutzen sie, die Abrechnungspflichtigen, Geschäfte besorgt haben (art. 771 des bürgerl. Gesetzbuchs).

Bei dem Contocorrent besteht aber kein dominus negotii. Zu gegenseitiger Kreditgewährung haben sich die Parteien verbunden. Die Absprache, worauf sich die Verpflichtung stützt, (der Contocorrentvertrag), ist jeder andern Uebereinkunft gleich. Es besteht kein Grund, warum A mehr als B, B nicht ebenso gut als A wissen sollte, was bezahlt, und was empfangen worden ist. In Beziehung auf den Contocorrent ist kein Posten denkbar, der sich nicht auf die beiderseitige Correspondenz stützt, der nicht gleichsam durch Beider Hände gegangen ist. Beide haben Bücher oder sollen sie haben. Beide müssen also gegenseitig ihren „Stand" untersuchen können. Ist Einer von ihnen da-

selbst die Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft und auf Auseinandersetzung nicht anzustellen, wenn das für gemeinsame Rechnung betriebene Geschäft nicht eine auf sich selbst stehende, von den Personen verschiedene Gesellschaft begründe, so dass der eine Gesellschafter gegen den andern lediglich eine persönliche Forderung auf die geschuldete Summe habe. Dagegen entschied der Apellhof zu Limburg am 9. Jan. 1865 in Vernichtung eines Urtheils des Bezirksgerichts Mastricht sine die M. v. H. VII 1865 p. 55 Rechtsspr., dass der sich aus den für die Gesellschaft seitens eines Gesellschafters abgeschlossenen Geschäften ergebende Saldo zu seinen Lasten oder Gunsten lediglich durch Rechnungsstellung und Auseinandersetzung über alles dasjenige eruirt werden könne, was er für die Gesellschaft empfangen und ausgegeben habe; während im Urtheil des Bezirksgerichts zu Arnheim vom 24. Nov. 1864 M. v. H. VII 1865 pag. 59 Rechtsspr. W. No. 2671 angenommen wird, dass allerdings unter diesen Umständen ein Saldo eingefordert werden kann. So auch, in Uebereinstimmung mit der Lehre des Apellhofs von Limburg ein Urtheil des Bezirksgerichts Amsterdam vom 24. Dec. 1854 W. No. 2671. [Das Citat W bedeutet: Weekblad van het regt.-R].

[1]) a. a O. p. 248.

zu nicht im Stande, so kann er aus der eigenen Nachlässigkeit nicht das Recht ableiten, einen Andern zu zwingen, dafür zu sorgen. Wenn B durch einen nachlässigen A zur Uebergabe eines Contocorrents aufgefordert wird, kann er einfach ihn an die klassischen Verse von La Fontaine erinnern:

„Nuit et jour à tout venant,
Je chantais, ne vous déplaise,“

sagt A, und die Antwort lautet:

„Vous chantiez? j'en suis fort aise
Eh bien, dansez maintenant.“

Kurz: wo Contocorrent besteht, existirt keine Rechenpflichtigkeit,[a]) wo Rechenpflichtigkeit besteht, kein Contocorrent.[1])

Auch hier sieht man, wie wichtig es ist, sich eine richtige Vorstellung von der Bedeutung des Contocorrentvertrags zu machen. Bähr, der diese Frage nicht ex industria behandelte, kam dadurch allein hinsichtlich des hier besprochenen Punktes zu einer Darstellung, deren falsche Prämisse natürlich zu einer unrichtigen Conclusion führen musste. „Es gehört, sagt er,[2]) zu dem Geschäfte des Banquiers, dass er im Auftrage seiner Geschäftsfreunde deren Geldgeschäfte besorgt, namentlich also Wechsel und Werthpapiere für sie umsetzt, Zahlungen für sie leistet

[a]) Es dürfte aus leicht erklärlichen Gründen richtiger sein, an Stelle dieses ganzen Satzes die Worte zu setzen; „Aus dem Contocorrentverhältniss als solchem folgt keine Rechnungspfllichtigkeit.“

[1]) Völlig richtig ist das gegenseitige Verhältniss dieser Begriffe in einem neuen Urtheil des Apell-Hofs von Nord-Holland vom 18. April 1872 (in Cassation eines Urtheils des Bezirksgerichts Amsterdam vom 23. März 1871) auseinandergesetzt. W. No. 3473.

„In jure

In Erwägung, dass zwischen den Parteien in facto feststeht, dass die früheren Kläger, jetzt Appellaten, in den Jahren 1867 und 1868 für Rechnung des früheren Beklagten, jetzt Appellanten, der Firma in Batavia verschiedene Güter in Consignation zugesandt haben, worauf von den Appellaten dem Appellanten Vorschuss gegeben worden ist;

„In Erw., dass das hieraus zwischen den Parteien entstandene Verhältniss nicht als ein solches von Kaufleuten angesehen werden kann, welche auf Grund gegenseitiger Handelsbeziehungen beiderseits per debet und credit in Contocorrent stehen, sondern vielmehr als ein Verhältniss zwischen Mandant und Mandatar, woraus die in art 1839 B. G. bestimmte Rechenpflichtigkeit entsteht; dass das zwischen den Parteien bestandene Verhältniss dann auch mit Unrecht als ein Contocorrentverhältniss angesehen wird, in Folge dessen ein solches in den Process gebracht, und dessen Saldo eingeklagt worden ist, anstatt auf Rechnungsaufmachung oder Rechnungsstellung in Folge des bürgerlichen Gesetzbuchs zu klagen.

Post alia.

1) In Erw., dass sich aus dem Vorausgehenden ergibt, dass dem früher Beklagten, jetzt Appellanten, seine Reconventionsforderung auf Rechnungsstellung und Auseinandersetzung über die Verwaltung der zum Processe gehörigen Consignationen mit Unrecht abgeschlagen worden ist.“

[2]) a. a. O. p. 254.

und empfängt. Das vom Banquier seinem Geschäftsfreunde übersandte Contocorrent nimmt hiernach den Charakter einer gestellten Rechnung im technischen Sinne an, d. h. der Banquier erkennt die berechneten Einnahmeposten als von ihm geschuldete an. Und zwar tritt hierbei das Eigenthümliche ein, dass der Banquier über seinen gesammten „im Auftrage" seines Geschäftsfreundes geführten Geschäftsverkehr Rechnung zu stellen hat, hierunter aber nicht allein diejenigen Posten begriffen werden, die er von Dritten erhoben, sondern auch diejenigen, welche der Geschäftsfreund selbst auf laufende Rechnung — a conto — bei ihm eingezahlt hat und welche, je nach dem Stand der Rechnung, bald als solutum, bald als creditum fungiren. Die solchergestalt vom Banquier geführte Rechnung gilt gewissermassen als im Interesse beider Theile geführt; und der Banquier kann die Zustellung eines Contocorrents nicht unter dem Vorwande verweigern, dass sein Geschäftsfreund ja selbst wissen könne, wie ihre Geschäftsbeziehungen sich stellen." [a])

Der ganze Schwerpunkt dieser Darstellung liegt in den beiden Worten: im Auftrage. Dass bei dem Contocorrent von Auftrag, Mandat, oder dem Aehnlichen die Rede sei, leugnen wir bekanntlich. Es soll also allerdings jede Partei dasjenige wissen müssen, was sie angeht.

§ 35. Feststellung des Saldo's. Abrechnung.

b) Recht der Theilung.

In unserer vorausgehenden verneinenden Beantwortung der Frage, inwiefern eine der im Contocorrentverhältniss stehenden Parteien das Recht habe, diesen Contocorrent von der anderen einzufordern, gingen wir von der Voraussetzung aus, dass sie dabei irgend ein Interesse haben könne. Hier wird es angezeigt sein, etwas näher zu untersuchen, worin das Interesse besteht, obwohl es in breiten Zügen bereits gezeigt ist. Dieser Punkt fällt aber mit einem andern factischen Verhältniss zusammen, in dem die Parteien stehen können, und den wir daher jetzt genauer zu betrachten haben.

Wenn ein Contocorrent, gleichviel auf welchen Saldo er hinausläuft, von einer der Parteien der andern zugesandt ist, kann es vorkommen, dass der Empfänger des Contocorrents die Posten, wofür er creditirt ist, (also die Schuld des Uebersenders), anzunehmen wünscht, die Posten jedoch, für die er debitirt ist (also die Forderung des Uebersenders), verwerfen will. Die Frage ist: hat der Empfänger des Contocorrents das Recht zu solcher Theilung? Kann er im Allgemeinen aus einem ihm eingehändigten Contocorrent die für ihn günstige (Credit-) Seite herausnehmen, ohne eo ipso genöthigt zu sein, die für ihn ungünstige (Debet-) Seite gegen sich gelten zu lassen?

Werden diese Fragen bejahend beantwortet, so ist das Interesse, was wir soeben im Auge hatten, von selbst klar. Zugleich aber — und

[a]) Vgl. gegen Bähr auch Grünhut a. a. O. p. 512 Anmm. 108.

dies ist unser Hauptzweck — führen jene Fragen auf eine sehr wichtige Controverse hinsichtlich des Rechtszustandes einer Partei, welche sich im Besitze eines ihr von der andern zugesandten Contocorrents befindet, welches eine Uebersicht der mit ihr gepflogenen Geschäfte geben soll.

Der hier zu erörternde Rechtsgrundsatz ist völlig von dem Saldo unabhängig, den der zugesandte Contocorrent nachweist. Wird die Partei auf Zahlung eines *höheren* Passivsaldo's belangt, als ihn der Contocorrent ausdrückt, oder klagt sie selbst einen *höheren* Activsaldo ein, als er auf dem Contocorrent steht, so könnte die Partei, die im Besitze des Contocorrents der andern ist, sagen: „*lediglich* meine Debetposten, *nicht* meine Creditposten debattire ich mit Dir. Letztere nehme ich an, wie Du sie aufgestellt hast. Ein weiterer Streit über den Contocorrent in seinem ganzen Umfang ist also ausgeschlossen. Du magst mir beweisen, dass ich mehr schuldig bin. Du kannst aber nicht mich zum Beweise Dessen zwingen, was ich zu fordern habe. Wenn Dein Beweis geliefert ist, muss ich Deine höhere Forderung zugeben, oder den mir zukommenden Saldo um diesen Betrag vermindern. So lange das nicht geschehen ist, nehme ich die Ziffer an, die Du aufgestellt hast, und bestreite also, dass ich weniger zu fordern habe."

Diese Behauptung nun ist es, welche wir das Recht der Theilung nennen.

Werfen wir in erster Linie, um dies Recht richtig aufzufassen, einen Blick auf die Geschichte. Hier finden wir in That gleich von vornherein eine höchst merkwürdige Verordnung von Justinian, die uns in den Kern der Frage einführt. Sie wird von Heimbach[1]) folgendermassen umschrieben. „Noch kommen im justinianischen Rechte vor die *ἀντιςύγγραφοι λογισμοὶ* der Argentarien, welche in Just. Ed. 9 Cap. 2 § 1 und 2 erwähnt werden.[2]) Sie sind hier bezeichnet als eine schriftliche Form der Contocorrenten, welche die öffentlichen Banquiers mit einzelnen Privatleuten haben, wenn sie mit ihnen in Geschäftsverbindung stehen oder umgekehrt. In ihnen wird Ausgabe und Einnahme für den concreten Fall genau verzeichnet; sie sind entweder von dem Banquier oder dessen Gehülfen unterschrieben, oder umgekehrt von den Contrahenten selbst geschrieben oder unterschrieben. Hier verfügt der Kaiser, dass man dergleichen Documente ganz anzuerkennen oder zu verweigern habe. Demnach soll es den Contrahenten nicht erlaubt sein, die Einnahmen der jenseitigen Antisyngrapha gegen den Banquier geltend zu machen unter

1) creditum p. 537.

2) Die Stelle lautet im *lateinischen* Text folgendermassen: Attamen si vel rationes vel syngraphas vel autographa exponant aut exposuerint, aut ipsi illis, qui cum ipsis contrahunt, aut illi ipsis, in quibus pecuniarum acceptum et expensa conscripta sunt, et scripturum praeferant ipsius mensae praepositi et scribae ejus, quos Samaritos vocant, et rursus eorum, qui cum ipsis contraxerunt aut per omnia contrahentis manu scripta sunt vel subscriptionem habent, non poterunt contrahentes pecuniarum quidem acceptum, quos argentarii in subscriptis vel autographis brevibus descripserunt, agnoscere, atque inde eos exigere, expensae

Verwerfung der Ausgabe; ebensowenig dürfen die Banquiers die Expensen fordern, wenn sie die Einnahmen in Frage stellen."[1])

Bei dem himmelweiten Unterschied, der unsern Contocorrent von der mensae ratio untscheidet, kann natürlich auch hier an eine einfache Gleichstellung nicht gedacht werden. Endemann, der sich auf die syngrapha der argentarii beruft, zeigt gleichwohl deutlich, dass die Grundlage des heutigen Contocorrentverhältnisses ihnen fehlte.[2]) Desto bemerkenswerther ist es aber, dass die heutige Doctrin, soweit wir sie übersehen können, mit merkwürdiger Einstimmigkeit auf anderem Wege zu dem gleichen Resultat kommt, wie der römische Kaiser.

So auch Endemann selbst. Er geht von der Idee aus, dass die Zusendung des Contocorrents nur ein Anerbieten ist, mit dem nachgewiesenen Betrage abzuschliessen: „Selbst die Zustellung des Rechnungsabschlusses erscheint an sich nur als Proposition oder Offerte, mit diesem Aktiv- oder Passivbestande abzuschliessen.[3])

Dies Anerbieten muss entweder angenommen oder geweigert werden. „Wird der Saldo nicht anerkannt, so kommt das Abrechnungsgeschäft nicht zu Stande. Mithin ist auch der Rechnungssteller an seine Abrechnungsofferte nicht mehr gebunden. Er braucht sich namentlich nicht gefallen zu lassen, dass einzelne, dem andern Theil günstige Posten u. dgl. herausgegriffen werden. Nur die Rechnung im Ganzen, sei es auch nach vorheriger Erledigung einzelner Monita gegen einzelne Posten, ist Gegenstand der Annahmeerklärung."[4]) Und zur Erläuterung in der Anmerkung: „Dasselbe muss von jeder Rechnung gelten, die als ein Ganzes auftritt. Man kann daher nicht sagen, dass die Rechnung jedenfalls ein Anerkenntniss des Rechnungsführers über seine Debetposten sei, wenn er sie nur unter der Bedingung anerkennen will, dass seine Creditposten acceptirt werden. Unter der Bedingung vollständiger Annahme steht in dem Contocorrent auch der Passivsaldo, den er sich am Schlusse zieht."[5])

In gleichem Sinne spricht sich Brinkmann aus: „Wenn der Saldo nicht anerkannt wird, so ist auch der Rechnungssteller nicht an denselben gebunden. Da derselbe durch Aufstellung der Bilanz dem Mitcontrahenten nur erst eine Proposition des Abschlusses macht, so können nicht die ihm nachtheiligen Posten einseitig herausgegriffen und als von

vero scripturae contradicere, tamquam non factae, neque rursus argentariae mensae praepositi expensam quidem exigere, acceptum vero non agnoscere."

[1]) Die von Heimbach an diese Verordnung geknüpfte rechtshistorische Betrachtung geht uns hier nichts an.

[2]) Vgl. Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. IV p. 197 mit der Bemerkung ibid. p. 196: „Bei einem so ausgedehnten Geldverkehr muss dies Verhältniss auch den Römern nicht fremd gewesen sein. Allein da der Credit ihnen noch kein sachlicher Begriff war, konnte, obgleich thatsächlich dieselben Resultate auf anderm Wege erzielt wurden, kein Crediteröffnungsvertrag als solcher construirt werden."

[3]) Handelsr. p. 700.

[4]) Handelsr. p. 701.

[5]) ibid. p. 701 Anm. 16.

ihm anerkannt geltend gemacht werden. Dies gilt allgemein, nicht blos da, wo der Saldo unter dem Vorbehalt einer Quittung, d. h. unter der Bedingung, dass alle Monita gegen die Rechnung aufgegeben werden, dem Geschäftsfreund mitgetheilt sind.[1] [a])

So auch Regelsberger: [2])

„Wenn man daraus die Folgerung ziehen wollte, dass der Proponent einer Abrechnung verpflichtet werde, wenn der Adressat auch nur die ihm zu gute kommenden Posten anerkennt, so würde man übersehen, dass Entstehen und Bestehen zweierlei ist (l. 85 § 1 R. J.),[3]) und dass die bedingte oder theilweise Acceptation eines Vertragsvorschlags der Ablehnung gleichsteht (A. D. H. G. B. art. 322).[4])

Ebenso endlich auch Bähr in abstracto. Sonderbar genug wird dieser Schriftsteller aber seiner eigenen Grundidee untreu. Es kostet wenig Mühe, dies nachzuweisen. In der Abrechnung findet er, sowohl was ihre verpflichtende, als ihre befreiende Wirkung angeht: „die Anerkennung der beiderseitigen Forderungs- und Zahlungsposten“[5]) Er nennt ferner diese Anerkennung zweiseitig, nicht gegenseitig: „Diese Anerkennung bewahrt auch selbst in der auf beiderseitige Forderungs- oder Zahlungsposten gegründeten Abrechnung ihre einseitige Natur. Bei der Abrechnung in ihrer reinen Gestalt erkennt jeder Theil die gegentheiligen Forderungs- oder Zahlungsposten an, weil er sie richtig findet, nicht weil seine Forderungen vom Gegner ankannt werden. Die beiderseitigen Anerkennungen stehen daher beziehungslos einander gegenüber; sie werden durch kein Band des Willens, sondern durch die jederzeit wieder auflösbare Rechenoperation in Verbindung gesetzt. Es fehlt dem Abrechnungsgeschäft, wenn auch nicht an der Zweiseitigkeit, doch an der Gegenseitigkeit. Die Folge davon ist, dass die Anfechtung der von der

[1]) Handelsr. p. 505. Der Schlusssatz bezieht sich auf die Rechtslehre eines Urtheils des Oberappellat.-Gerichts zu Lübeck vom 29. Sept. 1845. Sie lautet folgendermassen: „Der Vorbehalt einer zu ertheilenden reinen Quittung hat den Sinn, dass die in der Ausstellung eines mit einem Saldo zu Gunsten des Geschäftsfreundes abzuschliessenden Contocorrents an sich liegende Anerkennung einer Schuld nebst Zahlungserbieten bedingt sein solle durch das gegenseitige Aufgeben aller Monita gegen die Abrechnung und aller in dieselben nicht aufgenommenen Forderungen und Ansprüche. Von einem bedingten Zahlungserbieten kann aber unbedenklich zurückgetreten werden, sobald die Bedingung hinwegfällt, d. h. wo der Gegner nicht gewillt ist, die fragliche Abrechnung ohne Weiteres für richtig anzuerkennen und die vorbehaltene reine Quittung zu ertheilen.“ Klettke, Sammlung v. Präjudizien III No. 1350 und Seufferts Archiv IX No. 55.

[a]) So auch, unter Berufung auf Brinkmann, Ladenburg „Die Abrechnung“ (im Central-Organ f. d. deutsche Handels- und Wechselr. N. F. Bd. IV 1868) p. 177.

[2]) Arch. f. d. Civ. Prax. 47 p. 167.

[3]) l. 85 § 1; non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt. Wir müssen ehrlich gestehen, dass wir diesen Satz in diesem Zusammenhang nicht verstehen.

[4]) art. 322. Eine Annahme unter Bedingungen oder Einschränkungen gilt als Ablehnung des Antrags, verbunden mit einem neuen Antrage.

[5]) Anerkennung p. 240.

einen Seite anerkannten Posten dem Gegner kein Recht gibt, die seinerseits erfolgte Anerkennung der gegenüberstehenden Posten zurückznnehmen.[1])

Nun sollte man denken, damit sei die Frage entschieden. Durchaus nicht. Unmittelbar darauf wird der Regel eine Ausnahme hinzugefügt: „Man darf jedoch die dargestellte Trennbarkeit der in der Abrechnung sich gegenüberstehenden Posten nicht in der Art auffassen, dass bei der auf Abschluss einer Abrechnung gerichteten Proposition die Posten getrennt acceptirt werden könnten. Wenn A dem B eine Berechnung vorlegt, worin die beiderseitigen Forderungen gegenübergestellt sind, mit dem Antrag darnach abzurechnen, so kann B nicht erklären: „Ich acceptire die Anerkennung meiner Forderungen, lehne aber die Anerkennung der jenseitigen Forderungsposten ab.“ Es würde das der vermuthlichen Absicht des Proponenten zuwiderlaufen.“

Dies Alles soll aber mit Beziehung auf unsern Gegenstand nur in abstracto richtig sein. In concreto, also für den Contocorrent, gilt nach Bähr ein anderes Princip. Es ist nämlich oben[2]) gezeigt, dass er diesen als auf Mandat sich gründend ansieht. Daher hat nach ihm der dominus negotii (d. h. der Handelsfreund, der seinem Banquier jenen Auftrag ertheilt hat) das Recht, den Contocorrent von Diesem zu fordern. Rücksichtlich dessen gilt gerade das Recht zur Theilung zum Nachtheil des Banquiers: „Darin aber unterscheidet sich die Rechnungsstellung von der oben[3]) betrachteten Proposition einer Abrechnung, dass dem Geschäftsherrn gestattet ist: Einnahme und Ausgabe zu trennen, erstere anzunehmen und letztere abzulehnen. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Verzeichnung der Einnahme nicht die Natur einer freien Proposition hat, sondern in Erfüllung einer Verpflichtung geschieht, welche unabhängig davon besteht, ob der Geschäftsherr die Ausgabeposten anerkennt oder nicht, und deren Erfüllung deshalb auch unabhängig hiervon acceptirt werden kann.“[4])

Das Recht der Theilung erkennt also Bähr speciell für den Contocorrent an, weil er dessen Natur kein Recht widerfahren lässt. Seine Deduction kann uns deshalb nichts helfen, weil sie unserer Ansicht nach aus einer unrichtigen Auffassung jenes Contocorrentverhältnisses folgt, dessen Charakter als Mandat wir bestreiten.

Für uns bleibt daher die gestellte Frage bestehen. Ihre Beantwortung scheint uns von einer andern Erwägung abhängig, nämlich von der, ob wirklich der zugesandte Contocorrent keinen andern Zweck hat, als den eines Anerbietens mit diesem Bestande abzuschliessen, ohne Verpflichtung, dies Anerbieten im Ganzen anzunehmen oder zu verwerfen. Wie viel Achtung wir auch im Uebrigen vor der Ansicht eines so angesehenen Schriftstellers haben, an der Richtigkeit seiner Ansicht über diesen Punkt möge uns ernstlicher Zweifel gestattet sein.

[1]) ibid. p. 240.
[2]) Vgl. p. 152 oben.
[3]) Es ist das die eben von uns wörtlich wiedergebene Stelle.
[4]) Anerkennung p. 248.

Bestünde zwischen den in Contocorrent stehenden Parteien keinerlei Obligo auf Grund der verschiedenen Posten, so könnte allerdings von einem Anerbieten die Rede sein. Wählen wir, um dies zu verdeutlichen, einfach das von Hahn[1]) gegebene Beispiel: Ich bestelle bei Dir 50 Ballen Kaffee für einen bestimmten Preis, wenn Du mir 6 Monate Credit gibst, oder: ich biete Dir zu einem bestimmten Preis 50 Ballen Kaffee an, wenn Du mir über eine frühere Forderung quittirst. Nun ist es von selbst klar, dass ich an meine Offerte nicht gebunden bin, wenn wir auch über Sache und Preis einig würden, es sei denn, dass jene Bedingungen zugleich bewilligt werden. Parteien, die mit einander contrahiren können, wenn sie wollen, müssen dies auch können, wie sie wollen. Eine halbe Annahme steht also der vollen Verwerfung gleich.

Bei der Uebersicht hingegen, die von den verschiedenen unter der Herrschaft des Contocorrentvertrags abgeschlossenen Geschäfte gegeben wird, besteht jene Freiheit für die Parteien in Ansehung dieser Gechäfte nicht. Sie haben miteinander gehandelt. Sie sind kraft des Contocorrentvertrages verpflichtet, diese Geschäfte in eine Einheit zu bringen. Die Posten, wofür sie einander in den Büchern entlasten (creditiren), stützen sich auf ebensoviele richtige Anerkennungen der eigenen Schuld. Niemand hat besser als Bähr selbst dies Princip vertheidigt. Wir erinnern an seine bereits von uns citirte Lehre[2]): „Bei alledem ist aber wohl zu merken, dass nicht eigentlich der Bucheintrag es ist, was das Schuldverhältniss feststellt, sondern die ausgetauschte schriftliche Nachricht von solchen.“[3]) Das Schuldverhältniss ist daher „festgestellt“, und zwar nicht nur vorläufig. Es ist nicht festgestellt worden, weil oder damit auch die Gegenpartei ihrerseits eine Schuld feststellen soll. Dieser Umstand ist ganz zufällig, denn vielleicht hat die Gegenpartei Nichts festzustellen. Also der Contocorrentvertrag ist gegenseitig, aber die Posten sind es nicht. Sie können es sogar nicht sein, weil ich heute für Deine Rechnung ex causa a empfange, und Du morgen für meine Rechnung ex causa b empfängst. Es geschieht daher die Feststellung der Ziffer nicht unter einem Vorbehalt, einer Bedingung oder einer Reserve. Sie geschieht, weil der Kaufmann, welcher schreibt: „ich habe Dich creditirt“, weiss, was er thut, en connaissance de cause handelt, mit einem Worte Schuldner sein will. [a])

[1]) Commentar zum A. D. H. G. B. ad art. 322.

[2]) Vergl. p 122 oben.

[3]) Anerkennung p. 253.

a) Ebenso Grünhut a. a. O., welcher noch hinzufügt: „Dagegen kann man sich auch nicht auf die Untheilbarkeit der Anerkennung, als eines Geständnisses berufen, denn in der Uebersendung der Uebersicht über eine Reihe von Creditposten liegt nicht ein aussergerichtliches Geständniss, sondern die obligatorische Anerkennung (promissio) einer Reihe von Schulden.“ Vergl. das a. a. O. citirte Urtheil des oesterr. obersten Gerichtsh. v. 5. Oct. 1866 in Glaser-Unger Sammlung V No. 2633 und die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts v. 5. April 1873 (Entsch. IX p. 295) und v. 3. Oct. 1873 (Entsch. XI p. 141).

Nun schickt er die Uebersicht zu. Diese zeigt eine Reihe solcher Creditposten. Warum sollte plötzlich für die Reihe ein anderes Princip gelten, als für jeden Posten insbesondere? Warum sollte der, welcher bei jedem Posten Schuldner sein wollte, bei der Summe dieser Schulden seine Absicht ändern können? Warum sollte er jetzt seiner Anerkennung en masse die Bedingung hinzufügen, dass auch die Gegenpartei ihrerseits ihre Schulden anerkenne? Wir wissen keinen annehmbaren Grund für eine solche Aenderung des Rechtszustandes, je nachdem von einem Creditposten, oder von der Summe derselben die Rede ist. Wenn ich gesagt oder geschrieben habe (natürlich animo obligandi [1]): ich bin Dir 100 schuldig, und wenn ich dieselbe Erklärung noch einmal für 100 morgen und übermorgen abgebe, so werde ich schwerlich bestreiten können, dass ich Dir eine Schuldanerkennung über 300 gegeben habe. Damit aber verlieh ich Dir das Recht, Dich darauf zu berufen, unabhängig von der Haltung, die Du deinerseits hinsichtlich Deiner Schuld mir gegenüber einnimmst.

Aber man beachte wohl: Nicht Du brauchst zu bestreiten, dass meine Schuld sich mit der deinigen compensirt, wenn diese letztere existirt. Sondern an mir ist es, das Bestehen nachzuweisen, wenn Du es bestreitest. An mir ist es zugleich zu beweisen, warum ich auf eine bereits erfolgte Schuldanerkennung zurückkomme. Diese und keine andere Wirkung hat das Recht der Theilung, welches nach unserer bescheidenen Ansicht, wenn ein Contocorrent durch irgend eine der

[1]) Regelsberger scheint bei dem von ihm so genannten Abrechnungsvorschlag an der Existenz dieses Erfordernisses zu zweifeln. Wir folgern dies aus seiner Anmerkung (Arch. f. c. Prax. a. a. O. p. 167 Anm. 9): „Als Beweismittel kann der Abrechnungsvorschlag immerhin gegen den Proponenten benutzt werden. Wir haben hier ein Beispiel, dass aussergerichtliches Geständniss und vertragsmässige Anerkennung auseinander gehen“. Das Verhältniss zwischen Anerkennung und Geständniss ist nun aber das, dass bei der ersteren der Verpflichtungswille besteht, bei dem letzteren nicht. (Vg. p. 76 in dem hier nicht abgedruckten allgemeinen Theil.)

Wir wollen einmal vorläufig davon absehen, dass man, wenn man dieses behauptet, auch der Ansicht zugethan sein muss, dass das Creditiren der einzelnen Posten auch nicht animo obligandi geschieht. Regelsberger würde diese Consequenz acceptiren können, so unwahrscheinlich sie auch sein möge. In seiner eigenen Behauptung aber liegt ein gewichtiger Grund gegen diesen Satz. Wenn nur ein Beweismittel geschaffen werden soll, muss der animus obligandi durchaus fehlen. Wie kann da die Rede von einem Vorschlag sein, der nur auf unbedingte Annahme wartet, um für die Parteien verpflichtend zu werden? Oder fehlt der animus obligandi nicht durchaus? Wird von dem Uebersender behauptet, dass er nur dann gebunden sein wolle, wenn ein specieller Fall (nämlich unbedingte Annahme) eintritt? Dann haben wir ein doppeltes Bedenken. Zunächst stehen wir dann wieder auf dem alten, im Text bereits widerlegten Standpunkt. Ferner kann ein bedingter Vorschlag, welcher also an eine Bedingung geknüpft ist, die sich nicht verwirklicht, unmöglich davon getrennt, und einfach als Beweismittel gegen den, von dem er ausging, gebraucht werden — actus conditionalis, defecta conditione, nihil est. Es kommt uns vor, als ob Regelsberger durch die logische Macht der Principien zu seiner Concession veranlasst worden sei. Er blieb einfach halbwegs auf der eingeschlagenen Bahn stehen.

Parteien der andern zugesandt ist, der letzteren zusteht. Will deshalb der Uebersender seinerseits eine bereits erfolgte Anerkennung bestreiten, so muss er condictione indebiti zu Werke gehen.[1]) Zu der Anerkennung hat ihn Niemand gezwungen. Ist sie aber gegeben, so muss er die Folgen davon tragen.[a])

§ 36. Feststellung des Saldo's. Abrechnung.

c) Gesetzliche Compensation.

Parteien, die nach dem Ablaufe des vereinbarten oder usancemässigen Termins ihre gegenseitigen Contocorrente besitzen, werden zu deren Ausgleichung übergehen müssen. Sobald der Wunsch hierzu zu erkennen gegeben ist, entsteht ein neues Rechtsverhältniss. Die Zeit, während welcher die Rechnung läuft, ist abgeschlossen, und der Augenblick der Regelung des gegenseitigen Verhältnisses ist gekommen. Der erste Schritt hierzu ist die Aufhebung der gegenseitigen Schulden durch Compensation.

Dass dies Mittel der Schuldbefreiung ipso jure wirkt, wird durchaus nicht bezweifelt.[2]) Viel weniger einstimmig aber ist man über die Bedeutung dieser von Rechtswegen gültigen Wirkung. Windscheid sagt darüber sehr witzig:[3]) „Ueber die Bedeutung dieses ipso jure ist so viel gestritten worden, dass zuletzt Ubelohde darüber ein ganzes Buch hat schreiben können."[4])

Diese besondere Frage berührt unsern Gegenstand nur nebenbei. Ganz ausser Verbindung damit steht sie aber nicht. Will man das Verhältniss der vertragsmässigen zur gesetzlichen Compensation nachweisen können, so darf man letztere nicht mit Stillschweigen übergehen.

Indessen lässt der uns hierzu frei bleibende Raum nur eine einfache Aufzählung der verschiedenen Ansichten zu, welche ruhig dem vorzüglichen Werke Dernburg's entlehnt werden können.[5])

Die Erklärungen des Dogmas: ipso jure compensari theilen sich in

[1]) Vg. pag. 121 oben.

[a]) Von Feitu, der sonst doch überaus ausführlich ist, wird diese wichtige Frage gar nicht behandelt. Doch scheint mir aus folgenden, völlig unrichtigen Sätzen klar hervorzugehen, wie er jene Frage beantworten würde. „La balance," sagt er a. a. O. No. 297 p. 419, „est une opération éminemment provisoire. Les parties veulent reconnaître, qu'elle est leur situation à un moment donné et s'envoient leur compte; mais elles ne s'engagent à rien et peuvent toujours revenir sur la balance pour la contrôler; de telle sorte, que cette opération, ne présentant que des résultats négatifs, nous n'avons pas à nous y arrêter plus longtemps," und No. 309 p. 427 a. a. O.: „ou la balance faite par l'une des parties n'a pas été approuvée par l'autre, alors il n'y a qu'une opération d'écritures, un simple projet" (cf. oben p. 129).

[2]) Vg. l. 21 D. de compens. 16. 2: Postea quam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari.

[3]) Pandekt. II. p. 286 Anm. 3.

[4]) Das Buch heisst: Ueber den Satz: ipso jure compensatur (Göttingen 1858). „299 Seiten!" sagt Vangerow, Pandekten III p. 537 mit erklärlichem Seufzer.

[5]) Compensation 2. Ausg. p. 282 ff.

zwei Haupttheorien. Nach Einigen hat diese Regel einen am Besten durch folgende Worte wiederzugebenden Sinn: sine facto hominis (materielle Bedeutung). Nach Andern soll aber mit jener Regel ein Gegensatz zu dem oft in den Quellen vorkommenden Satze: ope exceptionis ausgedrückt werden (formelle Bedeutung). Die ersterwähnte materielle Auffassung, deren erster und entschiedenster Vertheidiger seit den Glossatoren Cujacius ist, will, dass die Compensation ohne irgend eine Bemühung der Parteien in dem Augenblick und dadurch eintrete, dass gegenseitige Schulden einander gegenübertreten. Die letztere formelle Auffassung aber, welche namentlich von Donellus vertreten wird, will jenem Dogma nur eine processuale Bedeutung beilegen. Nach ihr also ist die Compensation erlaubt auch ohne Vorschützung einer Einrede, (Aufnahme einer exceptio in die formula) während die Berufung der Parteien auf die Compensation von jener Regel gar nicht getroffen wird. Diese beiden extremsten Erklärungen kann man als die Typen zweier einander gegenüberstehenden Theorien betrachten. Auch bei neueren Schriftstellern findet man verschiedene Nüancirungen dieser Lehre, welche nachzuweisen der Raum nicht gestattet.[2])

Beide Theorien aber sind jetzt, wenigstens im wissenschaftlichen Sinne, unserer Ansicht nach widerlegt. Das Meiste hat Dernburg dazu beigetragen, der nacheinander die fast unübersteiglichen Schwierigkeiten aufzählt, welche sich im Hinblick auf die in den Quellen der Compensation beigelegten Rechtsfolgen, sowohl aus der materiellen[3]) als aus der formellen[4]) Bedeutung jenes Dogmas ergeben würden.

Besonders nachdrücklich ist seine Bekämpfung der Umschreibung: sine facto hominis für das ipso jure compensari. Er weist nach, dass diese Erklärung sowohl der Natur der Begriffe als der Rechtsgeschichte widerstreitet. Die Bemühung der Parteien, welche durch jene Regel angeblich ausgeschlossen werde, komme doch zugleich in den Quellen als nothwendig vor. Nicht allein müsse der Schuldner auf das Bestehen seiner Gegenforderung den Richter aufmerksam machen (dies muss ja auch bei erfolgter Zahlung geschehen, die trotzdem ipso jure aufhebt), sondern zugleich müsse er sich auf sein daraus sich ergebendes Recht liberirt zu werden berufen. Thue er dies nicht, so werde er durch richterliches Urtheil zur Zahlung seiner Schuld verurtheilt, behalte jedoch sein Forderungsrecht. Hingegen müsse er als Schenker betrachtet werden, wenn er sich auf eine erfolgte Zahlung nicht berufe.[5])

Um diesen Schwierigkeiten zu entgehen, wurde schon von Azo eine Lehre vertheidigt, die man auch noch heutzutage als die ganz allgemein

[2]) Vg. die sehr vollständige Angabe der Literatur bei Windscheid a. a. O. p. 283 Anm. *; bei Vangerow a. a. O. p. 347.

[3]) Dernburg a. a. O. p. 291.

[4]) Ibid. p. 303.

[5]) Vgl. eine Menge von Beweisstellen für diesen Punkt bei Dernburg a. a. O. p. 292.

herrschende ansehen kann.[1]) Diese Lehre schliesst sich der materiellen Theorie insofern an, als sie die Aufhebung der gegenseitigen Schulden von dem Augenblicke datirt, dass sie nebeneinander bestehen. Diese Rechtsfolge soll aber erst dann eintreten, wenn die Parteien auf die Compensation sich berufen. Der Wille der Parteien also ist nöthig, wo er aber vorhanden, hat er rückwirkende Kraft. Daher hört u. A. der Zinsenlauf und die mora ex tunc auf.

Auch diese Theorie findet in Dernburg's Augen keine Gnade.[2]) Was die Rückwirkung betrifft, so weist er nach, wie diese mit jeder peremptorischen Einrede z. B. der der Verjährung, der abgeurtheilten Sache u. s. w. verbunden ist. Uebrigens gibt er zu, dass allerdings ein positiver Ausspruch der Quellen dieser Theorie nicht im Wege steht. Sie lasse sich aber andererseits nicht ohne Mühe damit vereinigen.[3])

Die einfachste, und gerade deshalb annehmbarste Erklärung gibt Dernburg selbst. Sie kommt darauf hinaus, dass die Compensation für die Parteien ein Rechtsmittel ist. Das mehrmals angeführte Dogma hat also nur den Sinn, der Compensation eigenes selbstständiges Bestehen zu sichern, sie nicht von dem richterlichen Gutdünken abhängig zu machen. Die eigene Ausführung dieses Schriftstellers (der eigentliche Kern seines Buches) ist:[4]) „Und so wird auch durch den Satz ipso jure compensari nichts Anderes ausgesprochen werden, als der Gedanke, dass Compensation nun ein allgemein feststehendes Recht der Parteien geworden sei, nach den Grundsätzen des Rechts selbst einzutreten habe, wenn sich Gegenforderungen gegenübertreten. Als Gegensatz steht im Hintergrund, dass es nicht mehr vom freien Ermessen des Richters abhänge, ob sie stattfinden solle. Sie hat nun eine unabhängige, rechtliche, nicht eine bloss geduldete, factische Existenz."

Auf den ersten Blick scheint dies Resultat sehr gering, besonders wenn man die grosse auf die Formel: ipso jure compensari verwandte Mühe bedenkt. Andererseits erhält man von der letzterwähnten Arbeit den Eindruck, als ob mit erstaunlicher Kraftanspannung von Weitem hergeholt sei, was doch flach auf der Hand liegt. „Dass man diese (Dernburg's) Deutung, sagt Vangerow,[5]) so nahe sie zu liegen scheint, doch so allgemein ignorirt hat, erklärt sich wohl theils daraus, dass man bei Erlöschungsgründen von Obligationen unwillkürlich nur an den Gegensatz von ipso jure und ope exceptionis denkt, theils aber auch daraus, weil der Gedanke, dass es ein Compensations-Recht gebe, doch zu einfach und trivial schien, um eine öftere und mit Nachdruck wiederholte Hervorhebung desselben erwarten zu können."[6])

[1]) Vgl. Windscheid a. a. O. p. 286 Anm. 3.

[2]) a. a. O. p. 298.

[3]) a. a. O. p. 302: „Die Theorie des Azo ist mit den Quellenzeugnissen nur auf eine gewaltsame Weise vereinbar."

[4]) a. a. O. p. 311.

[5]) a. a. O. p. 362.

[6]) Diese Idee ist so wenig trivial, dass auch nach altfranzösischer coutume

Im Vorhergehenden ist der wissenschaftliche Stand der Lehre von der gesetzlichen Compensation summarisch zusammengefasst. Inzwischen hat sich auch die Gesetzgebung ihrerseits ausgesprochen. Ganz besonders im art. 1462 des niederländischen bürgerl. Gesetzbuchs finden wir die „Ausgleichung von Rechtswegen", zugleich also die Frage wieder, wie die Lehre nach holländischem positiven Recht aufgefasst werden muss. Auch hier stehen zwei Ansichten einander gegenüber.

Opzoomer ist der Meinung [1]), dass eine Berufung der Parteien auf die Compensation gefordert werde. Gratama [2]) ist hingegen der Ansicht, dass die Schuldausgleichung auch abgesehen von dieser Berufung Platz greife.

Sowohl aus historischen als aus exegetischen Gründen glauben wir der Ansicht des Letzteren beistimmen zu müssen. Unzweifelhaft ist die Thatsache, dass art. 1462 des niederl. bürgerl. Gesetzbuchs [a]) die vollkommene Wiedergabe von art. 1290 C. C. ist. Letzterer gibt nun aber einfach die Anschauungen von Pothier wieder. Wenn Jemand, so legte dieser Rechtsgelehrte dem Ausdrucke: ipso jure compensari die oben nachgewiesene materielle Bedeutung bei, deren Unhaltbarkeit später nachgewiesen wurde. „Lorsqu'on dit," sagt jener Schriftsteller,[3]) „que la compensation se fait de plein droit, ipso jure, cela signifie qu'elle se fait par la seule vertu de la loi, sans qu'elle ait été prononcée par le juge, ni même opposée par aucune des parties."

Das höchst wichtige Princip, dass die Absicht des Gesetzes aus seiner Entstehung erforscht werden muss, lässt also hier keinen Zweifel zu. Auch ist der Zweifel unerlaubt, wo die Worte der Gesetzesvorschrift deutlich sind. Mit Opzoomer nehmen wir an, dass die Worte: ohne Wissen der Schuldner sich auf die Zeit beziehen, wo

die Existenz eines Compensationsrechts geläugnet wurde. Massé, le droit comm IV p. 133: „Dans notre très ancien droit français et dans les pays de coutume, par des raisons tirées des privilèges des différentes juridictions seigneuriales, auxquelles ressortissaient les demandes diverses, on n'admettait même pas la compensation par voie de demande reconventionelle ou incidente, c'est à dire par voie déxception ou de défense à la demande principale. Une dette n'empêche l'autre, disait Loisel, et d'aprés la coutume de Lorris, plus expresse encore, Compensation n'avait point lieu en cour laye; de telle sorte que celui qui devait une somme était obligé de la payer à son créancier qui le poursuivait, sauf à son tour à poursuivre son créancier qui lui devait pareille somme, mais devant les juges de ce dernier, sans pouvoir ni l'un ni l'autre, user de compensation."

[1]) Niederl bürgerl. Gesetzb. ad art. 1471.

[2]) Anm. u. Mitth. 1854 X p. 111.

a) Der Artikel 1462 lautet: „Vergelijking heeft van regtswege plaats, zelfs buiten weten der schuldenaaren, en de beiden schulden vernietigen elkander over en weder, op het oogenblik dat zij te gelijk bestaan, ten beloope van derzelver wederkeerig bedrag," zu Deutsch: „Schuldausgleichung findet von Rechtswegen statt, selbst ohne Wissen der Schuldner, und die beiden Schulden heben einander gegenseitig im Augenblicke ihres gleichzeitigen Bestehens, bis zum Belaufe ihrer gegenseitigen Beträge auf"

[3]) Traité des obligations p 109 § 635.

Forderung oder Schuld gegenüber Schuld oder Forderung zu stehen kommt. Daraus aber erhellt, dass unser Gesetz an eine Berufung der Parteien als Erforderniss nicht gedacht hat. Man denke nur an den Fall, dass A auf Zahlung einer Schuld von B eingeklagt wird, ohne zu wissen, dass er von B einen gleichen Betrag zu fordern hat. Auch während des Prozesses bleibt ihm dieser Umstand unbekannt. Dem Richter dagegen ist diese Thatsache, ganz ohne Zuthun von A, bekannt. Unter diesen Umständen muss unsers Erachtens ohne Zweifel die Forderung ex officio abgewiesen werden, will man nicht die Worte: „selbst ohne Wissen der Schuldner" einfach als ungeschrieben betrachten. Wenn dem aber so ist, so erhellt, dass unser Gesetz die entschiedenste materielle Auffassung von der Compensation ipso jure hat.[1])

Hinsichtlich der gleichlautenden Vorschrift des Côde civil besteht in diesem Punkte denn auch bei Dernburg kein Zweifel. „Mit zweifelloser Bestimmtheit," sagt er,[2]) „entscheidet sich der Côde civil (art. 1290) für die unmittelbar durch das Zusammentreffen der Forderungen eintretende Aufhebung." Ebensowenig zögert Marcadé[3]) dies auszusprechen, und verwirft sogar jeden Versuch einer Vermittlung. „La loi," sagt er, „ne s'occupe nulle part de la compensation facultative. Sans doute la doctrine (et elle a raison) distingue la compensation légale et la compensation facultative; mais le texte du côde ne s'est occupé que de la première; rien dans notre section ne fait allusion à deux classes de compensation: elle ne parle que d'une seule, et cette compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi et à l'insu des débiteurs."[4])

So unlieb es uns auch ist, wir haben hiernach kein Mittel, unsere positive Gesetzesvorschrift mit den Resultaten der gegenwärtigen Wissenschaft in Einklang zu bringen. Das sine facto hominis scheint uns in art. 1462 des bürgerl. Gesetzbuchs beabsichtigt und ausgesprochen. Nach unserm Recht sind wir also nicht in der Lage die Compensation eine Einrede zu nennen, wieviel Anspruch sie auch im Hinblick auf ihre geschichtliche Entwicklung auf diesen Namen haben möge.[5])

[1]) „Man gab zwar zu," sagt Dernburg a. a. O. p. 286, „dass dem Richter das Factum des Bestehens der Gegenforderung regelmässig erst durch Anführungen des Schuldners bekannt werde, da er, wie man hervorhob, nicht Seher und Prophet sei. Aber man glaubte, der Richter, welcher von der Gegenforderung in irgend einer Weise aus den Acten Kunde erhalten habe, müsse compensiren, auch ohne einen darauf gerichteten Antrag der Parteien."

[2]) a a. O. p. 290.

[3]) C. C. ad art. 1296.

[4]) Ueber die gekünstelten Folgerungen, wozu das von dem Gesetze schlecht verstandene Dogma Anlass gab, z. B. die compensation facultative (Marcadé a. a. O. ad art. 1299 in fine, Massé a. a. O. p. 131); das in gewissem Falle dem Schuldner verliehene quasi neue Fortderungsrecht (art. 1299 CC.; art. 1471 des bürgerl. Gesetzbuchs) vg. Dernburg a. a. O. p. 296, 297.

[5]) So wird sie in einem Urtheil des Appellhofs in Oberyssel v. 23. Oct. 1871 in Cassation eines Urtheils des Bezirksgerichts von Zwolle v. 19. Jan. 1870 (W. v. R. No. 3507) genannt. Dies Urtheil ist ein interessanter Beitrag zur Lehre

§ 37. Feststellung des Saldo's. Abrechnung.

d) Vertragsmässige Compensation.

Wir glauben gezeigt zu haben, dass, entgegen der jetzigen Rechtsanschauung, nach den Vorschriften des niederländischen Gesetzes die Compensation sine facto hominis Platz greift. Nächst der gesetzlichen aber steht die vertragsmässige Compensation, wenn nämlich Parteien freiwillig übereinkommen, die gegenseitigen Schulden gegen einander aufgehen zu lassen. Diese Schuldvergleichung durch Vertrag tritt bei der Abrechnung auf Grund Contocorrents ein, insoweit die Forderungen sich decken. Ihr Zweck ist, dass die Summe des credit auf der einen Seite die gleichstehende Summe des debet auf der andern Seite aufhebe. Der Rest bildet einen zu zahlenden oder zu empfangenden Saldo.

Auf den ersten Blick könnte man fragen, welcher Raum für die vertragsmässige Compensation übrig bleibt, wenn gerade Das, was sie beabsichtigt, schon kraft Gesetzes eintritt. Nichts leichter als die Lösung dieses Bedenkens. Die gesetzliche Compensation muss, wenn sie überhaupt Platz greifen soll, verschiedenen (in art. 1463 des niederl. bürgerl. Gesetzbuchs aufgezählten) Erfordernissen entsprechen. Die vertragsmässige hingegen ist an keine dieser Voraussetzungen gebunden. Parteien, die völlig berechtigt sind, ihre Forderungen geltend zu machen, sind natürlich ebenso berechtigt, ihre gegenseitige Rechte in jeder Art zu regeln, welche ihnen gefällt. „Besondere Eigenschaften von Forderung und Gegenforderung sind für den (Compensationsvertrag) nicht erforderlich", sagt Windscheid.[1])

Fehlte also selbst ein bestimmtes Criterium für die gesetzliche Compensation, der Compensationsvertrag brauchte sich daran nicht stören zu lassen. Bestünden aber auch vom gesetzlichen Standpunkte aus keinerlei Zweifel, dass die gegenseitigen Schulden ipso jure aufgehoben sind, so würde die vertragsmässige Compensation doch ihren Nutzen haben. Allerdings kann ja das Gesetz die Aufhebung ipso jure vorschreiben, aber es geht dabei von der unvermeidlichen Voraussetzung aus, dass der Schuldner seinerseits auf das Bestehen der Gegenforderung sich berufe. Thut er dies nicht, so behält er, wie wir bereits sahen, seine Forderung, doch muss er seine Schuld bezahlen. Ein Recht, dessen faktische Existenz der Richter nicht kennt, kann er natürlich nicht anwenden.

Dieser Fall nun kann bei dem Contocorrent ebenso, wie bei jedem gegenseitigen Schuldverhältniss, vorkommen. Es kann möglich sein, dass der Schuldner seine Schuld zahlen, seine Forderung zu späterer Eintreibung sich bewahren will. Man denke sich z. B. dass die eigene Forderung durch Hypothek gedeckt sei, nicht die des Gegners. Alsdann kann man wünschen, durch Bezahlung des Letzteren die Hypothek in

über das Verhältniss der „Einrede" der Compensation zur Widerklage, wofür insbesondere Dernburg a. a. O. p. 538 zu vergleichen.

[1]) Pandecten II p. 297.

Kraft zu halten. Um dem zuvorzukommen ist die vertragsmässige Compensation das natürliche Mittel. Keineswegs aber ist, in Fällen wie der hier erwähnte, der Kläger gezwungen, seine Zuflucht zur vertragsmässigen Compensation zu nehmen. Wäre dem so, so wäre seine Lage Alles eher als günstig. Die Partei, mit der er gegen ihren Willen abrechnen will, brauchte ja nur stille zu sitzen, um Dem, der Zahlung verlangt, alle Versuche zu vereiteln. Daher wird denn auch in der Doctrin von des Klägers Recht gesprochen, auf Befriedigung durch Aufrechnung zu klagen.

Diese Befugniss aber des Klägers und die Art ihrer Wirkung hängt auf's Engste mit der Auffassung von dem Rechtsbegriffe der Compensation zusammen. Diejenigen, welche mit dem niederländischen Gesetze annehmen, dass das Recht die Aufhebung der gegenseitigen Schulden bewirkt, wenn auch die Parteien Nichts thun, müssen ohne Bedenken dem Kläger das Recht zuerkennen, durch richterliches Urtheil aussprechen zu lassen, was das Gesetz ihm gibt, wenn er auch schweigt. Anders dagegen nach der Ansicht Derer, die eine Berufung der Parteien für nöthig erachten, welche alsdann Rückwirkung zur Folge habe. Nach der Lehre, welche wir oben [1]) als die herrschende nachwiesen, kann sich der Kläger allerdings auf die Compensation berufen, aber allein in dem Sinne, dass er eine Zahlung von seinem Schuldner nicht anzunehmen braucht. Nicht aber in dem Sinne, dass er im Stande wäre, den Schuldner gegen dessen Willen zur Geltendmachung seiner Forderung in judicio zu zwingen, um dann gegenseitige Aufhebung aussprechen zu lassen. [2])

Die letztere Befugniss erkennt Dernburg dem Kläger allerdings, und unserer Ansicht nach mit Recht, zu: „Der Gläubiger," sagt er [3]), „ist berechtigt, auf Befriedigung durch Aufrechnung zu klagen; es erschiene als Verweigerung der Rechtshülfe, ihn entweder zum Abwarten zu nöthigen, oder ihn zu zwingen, Zahlung, die er nicht erstrebt, einzuklagen. Es ist ihm zu verstatten, nicht nur die richterliche Macht zur Condemnation, sondern auch zur Compensation anzurufen. Zwar bringt er — und dies erscheint als besonders bedenklich — hierdurch eine Gegenforderung zur Verhandlung, während es an und für sich dem Gläubiger dieser Forderung überlassen ist, zu bestimmen, wenn er seine Forderung geltend machen will. Allein die Befugniss hierzu ist eben darin begründet, dass beide Theile nunmehr ein Compensationsrecht haben und dass daher auch dem Gläubiger zusteht, die Gegenforderung seines Gegners als ein Befriedigungsmittel zu bezeichnen und von diesem Standpunkt aus das Gericht mit derselben zu befassen."

Erwägt man alle die Schwierigkeiten, die mit der erzwungenen

1) Vg. p. 161 oben.

2) Vg. die Gründe für diese Ansicht bei Windscheid a. a. O. II p. 288 Anm. 12a und 13.

3) Compensation p. 548.

Compensation verbunden sein können, so wird man leicht einsehen, dass Gründe genug für die Parteien bestehen, sich zu einer freiwilligen Compensation zu entschliessen. Die Vortheile, die diese mit sich bringt, sind der Natur der Sache nach bei dem Contocorrent gleichmässig vertheilt — ein Grund mehr für die Parteien, den Vertrag an Stelle des Gesetzes treten zu lassen. Beide haben sich mit einander über eine Reihe von Operationen zu verständigen, welche auf eine Debet- und eine Creditziffer hinausgelaufen sind. Beide haben allerlei Posten zu untersuchen und festzustellen, sogar unabhängig von der Ziffer, die als Endresultat einer jeden Handlung gebucht ist. Creditpreis (Zins), Provision, zuweilen Disconto und dergleichen müssen debattirt und schliesslich definitiv festgestellt werden. Es bleibt also Stoff und Anlass genug für gütliche Erledigung.

Der rechtliche Name für die faktische Ausgleichung des Contocorrents, insofern die Parteien damit beabsichtigen, sich der gegenseitigen Schulden zu entledigen, ist also nicht zweifelhaft. Sie schliessen einen Compensationsvertrag. Sobald dieser geschlossen ist, wirkt er liberatorisch für den Theil der gegenseitigen Schulden, für den sie sich decken. Diese sind aufgehoben, mit andern Worten bezahlt. Dieser Punkt ist namentlich von Bähr deutlich nachgewiesen. „Im Einzelnen," sagt er [1], „geht bei dem Abrechnungsgeschäft folgendes vor sich: zunächst einigen sich die Abrechnenden, dass ihre beiderseitigen Forderungen in demjenigen Betrage, in welchem dieselben sich decken, für getilgt gelten sollen. Hierin liegt ein Compensationsvertrag, welcher gleich der Zahlung wirkt." Ebenso Regelsberger: [2] „In dem Fall, da beide Theile Forderungen für sich haben, enthält die Abrechnung, insoweit die beiderseitigen Guthaben sich decken, einen Compensationsvertrag." [a])

[1]) Anerkennung p. 238.

[2]) Archiv f. civ. Prax. 47 p. 164.

[a]) Vergl. R. Römer (Abhandlungen aus dem röm. Recht etc. 1877. 1. Heft III: „Die Compensation durch Vertrag nach dem röm. und dem gem. Recht) p. 120/129. „Die Aufhebung der gegenseitigen Forderungen erfolgt durch vertragsmässige Compensation und zwar vermöge des mit dem Abschluss des Contocorrentvertrages (also zum Voraus) erklärten Willens, dass diese Forderungen erlassen sein sollen. Es handelt sich also um Erlassverträge über künftig erst entstehende Forderungen und nicht um ein blosses pactum de compensando. Wäre in dem Abschluss des Contocorrentvertrages blos ein solches pactum de compensando enthalten, so bedürfte es zur Aufhebung der gegenseitigen Forderungen eines zweiten, besonderen Vertrages, durch welchen eben die durch jenes pactum begründete Verpflichtung zur Compensation verwirklicht würde, welches geschlossen werden müsste zugleich mit dem Rechnungsabschluss und nicht in dem Rechnungsabschluss von selbst mit enthalten wäre, da dieser gar kein juristischer (?) und jedenfalls ein rein einseitiger Act ist.

Dieser gegenseitige Erlass der im Augenblick des Rechnungsabschlusses vorhanden sein werdenden Forderungen ist ein wesentliches Element eines jeden Contocorrentvertrages, gehört zu dessen Begriff".

Der Compensationsvertrag enthält nach Römer (a. a. O. p. 96) keinen einheitlichen sg. synallagmatischen Vertrag, sondern zwei selbstständige (Erlass-)

Letzterer Schriftsteller macht sich aber eines sonderbaren Missverständnisses schuldig, welches wir gleich nachweisen möchten. „Sehr häufig," sagt er (ibid p. 166), „werden sich bei der Abrechnung die gegenseitigen Forderungen nicht decken, sondern auf der einen Seite nach geschehenem Abzug noch Forderungen verbleiben. Da entsteht dann die Frage, welche Forderungen auf dieser Seite durch die Aufrechnung getilgt wurden. Möglich, dass hierüber eine Bestimmung der Parteien ersichtlich ist. In Ermanglung dessen — ist hier als muthmassliche Absicht anzunehmen, dass die der Fälligkeit nach ältere Forderung vor der jüngeren zur Aufrechnung verwendet werden solle."

Man sieht — hier wird die Frage gestellt (und beantwortet), welche Posten die vertragsmässige Compensation umfasse, wenn die Parteien sich darüber nicht einig werden können. Wir antworten: die Parteien brauchen sich darüber durchaus nicht den Kopf zu zerbrechen. In Folge des Contocorrentvertrags (der Veranlassung zur vertragsmässigen Compensation) kann und darf keinen Augenblick Zweifel darüber entstehen. In Folge der durch den Contocorrent in die gegenseitigen Handlungen (Posten) gebrachten Einheit, umfasst dieser Vertrag das g a n z e Debet, gegenüber dem g a n z e n Credit. Es ist also, i m A u g e n b l i c k e, d a d i e P a r t e i e n a b r e c h n e n, weder von alter, noch von junger Schuld die Rede. Es besteht eine Schuld auf Seiten des A, und eine Schuld auf Seiten des B. Diese eine gegenseitige Schuld wird ausgeglichen. Was übrig bleibt, ist eine Forderung zu Lasten Dessen, den sie angeht.

Dieser Punkt hat also nicht die geringste Schwierigkeit. Dagegen könnte sich eine andere zeigen, bei der wir einen Augenblick verweilen müssen. Es kann sein, dass die Parteien freiwillig compensirt haben, und es zeigt sich später, dass eine der gegenseitigen Schulden nicht besteht. In diesem Falle entsteht die natürliche Frage: was Rechtens? Ein Beispiel macht die Frage deutlich. A fordert von B 100 ex emto, B von A 100 ex locato. Sie compensiren, und Jeder geht seiner Wege. Nach diesem Vertrage aber behauptet A von B Nichts gemiethet zu haben. Durch welches Rechtsmittel erlangt er die 100, die B ihm in Folge Kaufs schuldig ist?

Auf den ersten Blick scheint die Antwort klar: A klage auf Zahlung des Kaufpreises. Damit aber würde Alles, was zwischen den Parteien vorausgegangen, als nicht geschehen angesehen werden. Der bestehende Vertrag kann jedoch nicht einfach und ohne Weiteres als nicht bestehend betrachtet werden. Seine Existenz muss sich doch auf irgend eine Weise geltend machen. Wenn die Parteien auf die Absprache zurückkommen, weil sie dazu berechtigt zu sein glauben, müssen sie dies auf dem durch diese Absprache gebahnten Wege thun. Es muss also untersucht werden,

Verträge, deren jeder zum andern nur im Verhältnisse der causa desselben steht. Einen selbstständigen C o m p e n s a t i o n s v e r t r a g, meint Römer a. a. O. p. 110, d. h. einen Vertrag, „welcher neben novation, acceptilatio, pactum de non petendo und sg. mutuus dissensus eine eigene Art der Aufhebung der Obligationen durch Vertrag wäre" kenne das römische Recht nicht.

welcher Art das durch den Compensationsvertrag in's Leben gerufene Rechtsverhältniss ist.

Auf diese Frage geben nun die Quellen eine völlig genügende Antwort. Die l. 76 D. 50. 16 sagt: Dedisse intelligendus est etiam is, qui permutavit vel compensavit. Die vertragsmässige Compensation hat also den Charakter einer fictiven Zahlung. (intelligendus est dedisse.)[1] Hält man dies im Auge, so ist im ebenerwähnten Falle dem A der Weg vorgezeichnet. Wer behauptet, mit Unrecht bezahlt zu haben, muss die condictio indebiti anstellen, um diese quasi-Zahlung zurückzuerlangen. In unserm Beispiel also hat er nicht auf 100 ex emto zu klagen, sondern condictione indebiti die Rückgabe der 100 ex locato zu fordern.

Diese sowohl von Bähr[2]) als von Regelsberger[3]) verkündete Lehre bestreitet Dernburg[4]) folgendermassen: „Der Compensationsvertrag zerfällt nicht in zwei von einander unabhängige Tilgungsacte[a]), sondern bildet seinem Zwecke gemäss einen einzigen untheilbaren Vertrag. Kann der Zweck desselben, insoweit er dem Contrahenten von Vortheil war, nicht erreicht werden, so wirkt er andererseits nicht zu dessen Nachtheil. Es fehlt vielmehr an dem essentiellen Bestandtheile des Compensationsvertrags, der Existenz einer Gegenforderung."

„Dies ist denn auch in den Quellen des römischen Rechts vielfach bezeugt. In der l. 2 C. 4. 49 wird der Forderung auf den Kaufpreis freien Lauf gelassen, obgleich der Verkäufer sich irrthümlich eine Nichtschuld hatte anrechnen lassen. Venditi actionem ad recipiendum residuum debitum intendere adversario tuo poteris. Nec quod in compensationem venerit, quasi et tu invicem deberes, id obesse tibi poterit si in bonaefidei contractu justo errore te ductum vel fraude adversarii captum, quasi debitum id esset, quod re vera non debebatur, pepigisse monstraveris."

„Auch die l. 11 § 1 C. 4. 44, bezeugt das Fortbestehen der ur-

[1]) Der dagegen gerichtete Einwand Dernburg's a. a. O. p. 593 scheint uns nicht zutreffend. „In der That fehlt," sagt er, „wie bei der zwangsweisen Compensation, die körperliche Leistung, welche nun einmal zur wirklichen Zahlung gehört. Es liegt auch kein Grund vor, eine rechtliche Wirkung, welche in dem Willen der Parteien ihre ausreichende juristische Begründung findet, auf eine Fiction zurückzuführen." Das erste Bedenken können wir schwerlich gelten lassen. Jede Fiction pflegt gerade darin von der Wirklichkeit sich zu unterscheiden, dass bei jener etwas fehlt, was bei dieser vorhanden ist. Würde der Schuldner „körperlich" bezahlen, so würde er natürlich nicht compensiren. Was die zweite Bemerkung angeht, so ist doch unseres Erachtens der Grund völlig deutlich, warum ungeschuldete Zahlung und ungeschuldete Compensation rechtlich gleichzustellen sind. Allerdings läugnet Dernburg auch Letzteres, wie alsbald gezeigt werden wird. Aber damit erlangt er doch nicht das Recht, den „Mangel an Grund" hier als Argument zu brauchen.

[2]) Anerkennung p. 176.

[3]) Archiv f. Civ. Prax. Bd. 47 p. 167.

[4]) Compensation p. 594.

[a]) Vergl. dagegen Römer (a. a O. p. 76), dessen Ansicht oben (p. 167 Anmerkung a sub. al. 3) wiedergegeben ist.

sprünglichen Obligation auf den Kaufpreis, da sie den Fall der Nichtzahlung desselben und des auf Irrthum beruhenden Compensationsvertrages gleichstellt. Sane si placitum pretium non probetur solutum, vel in quantitatem debiti per errorem facti compensari cautum fuerit, hoc reddi recte postulatur."

Aus diesen Gründen ist der Schriftsteller der Ansicht, dass im Falle eines später entdeckten Irrthums das Forderungsrecht einfach bestehen bleibe, und die ursprüngliche Klage (in unserm Falle die aus dem Kaufe) angestellt werden müsse.

Uns scheint es, als ob beide dafür angeführte Stellen gegen diesen Satz sprächen. Worauf es hier ankommt, ist nicht so sehr die Klage, als die grössere oder geringere Beweislast. Gerade diese ist nun aber in der l. 2 C. 4. 49 zum Nachtheil des Klägers geregelt. Er hat nachzuweisen, dass er sich geirrt habe. (si monstraveris). Ob die Compensation mit dem höherem Betrage dem Kläger im Wege steht oder nicht, ist von dieser Bedingung abhängig. Nicht ebenso ausdrücklich spricht sich die l. 11 § 1 C. 4. 44 darüber aus, wer in ihrem Falle zu beweisen habe. [a]) Aus dem Zusammenhange aber scheint es zu folgen. Es ist da die Rede von einem mit Beider Zustimmung in die schriftliche Urkunde aufgenommenen höheren Betrage, als er in Wahrheit bedungen war. Diese Thatsache ist an sich nicht genügend, um die redhibitoria zu rechtfertigen. Wird aber nun nachgewiesen, dass der bedungene Preis ebensowenig bezahlt ist, oder zeigt es sich, dass mit dem höheren Preise per errorem facti compensirt worden ist, so muss nachgezahlt werden. Natürlich muss Der, welcher diese Nachzahlung fordert, die Gründe für die Forderung angeben. Er wird also die Thatsache, dass ein zu niedriger Preis bezahlt, oder mit einer zu hohen Ziffer compensirt worden ist, zu beweisen haben. In beiden Fällen — und dies gerade muss nachgewiesen werden — ist seine Lage ganz dieselbe.

Wir glauben daher, dass, wer auf vertragsmässig Compensirtes auf Grund der Nichtexistenz seiner Schuld zurückkommen will, condictione indebiti zu Werke gehen muss. [b]) Im Contocorrentverhältniss gehört dieser Fall durchaus nicht zu den Seltenheiten. Die Partei, welche nach geschehener Abrechnung einen der Creditposten als nicht existirend an-

[a]) Römer a. a. O. p. 100 meint freilich, § 1 dieser Stelle verlange „auf's Klarste" von dem Verkäufer, welcher mit der actio venditi den Rest des Kaufpreises einklagt, und welchem ein von ihm geschlossener Compensationsvertrag entgegengehalten wird, zu dessen Entkräftung den Beweis, dass die Gegenforderung, mit welcher der Kaufpreis compensirt worden, nicht rechtswirksam bestanden habe, aber als bestehend von dem Verkäufer entweder in Folge eines justus error desselben oder in Folge betrügerischer Vorspiegelungen des anderen Theils angenommen worden sei.

[b]) Auch Römer a. a. O. p. 98 führt unter Berufung eben auf die l. 11 § 1 und 2 C. 4. 44. aus, „dass die Anfechtbarkeit einer Compensation durch Vertrag aus dem Grunde, weil die Gegenforderung nicht rechtswirksam bestanden habe, entschuldbaren Irrthum erfordert, mit anderen Worten, an die Voraussetzungen der condictio indebiti geknüpft ist"; cf. Grünhut a. a. O. p. 518, 419.

greift, wird diese ihre Behauptung und zugleich ihren entschuldbaren Irrthum nachzuweisen haben. Ihre Klage kann sich alsdann lediglich auf Rückforderung der Ziffer richten, welche sie irrthümlich als zu ihren Lasten bestehend verzeichnet hat. Im Uebrigen bleibt der Compensationsvertrag in seinem ganzen Umfange in Kraft. Der Kläger hat zum Theil zu viel bezahlt, oder besser, es wird so angesehen, als ob er dies gethan habe. Lediglich diesen Theil fordert er zurück. „Gesetzt nun," sagt Regelsberger,[1]) „es wird die Anfechtung eines Postens für begründet anerkannt, fällt dadurch das ganze Abrechnungsgeschäft zusammen, oder bleibt es in seinem übrigen Inhalt aufrecht? Wir werden uns unbedenklich für die letztere Ansicht entscheiden, und zwar, wie Bähr treffend bemerkt, weil das Geschäft in diesen Fällen — im Gegensatze zum Vergleich — keinen synallagmatischen Charakter hat."[2])

Bevor wir von der vertragsmässigen Compensation scheiden, sei hier

[1]) a. a. O. p. 167.

[2]) Um nachzuweisen, welch praktisch-rechtliches Interesse dieser Punkt hat, verweisen wir auf ein Urtheil des Bezirksgerichts zu Winschoten v. 5. April 1871 W. v. t. R. No. 3512. Ein Kläger (Buchhalter) behauptet, dass ein Beklagter (Principal) mit einem Betrage von fl. 200 creditirt sei, welchen Betrag nach des Beklagten Angabe ein Anderer schulde. Auf der Grundlage dieser Angabe wird der Saldo festgestellt. Diese Angabe stellt sich aber als „unwahr und falsch" heraus. Der Principal ist also für diesen Betrag zu Viel creditirt, und wird auf Nachzahlung eingeklagt.

Diese einfach auf Rückgabe gehende Klage wurde von dem Gerichte abgewiesen. Nach ihr hätte auf Vernichtung des auf Feststellung des Saldo's gerichteten Vertrages geklagt werden müssen.

Es liegt auf der Hand, dass wir uns mit dieser Auffassung des Gerichtes nicht einverstanden erklären können. Im Weekblad van het regt legten wir kürzlich unser Bedenken dar. Resultat ist unser Satz im Text. Völlig wiedergegeben wird unsere Ansicht in einem sehr merkwürdigen Urtheil des Obertribunals Berlin 1867 (Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XII p. 212): „Die — unter eine schriftliche Abrechnung gesetzte — Schulderklärung geht über den Bereich des Zugeständnisses der Thatsachen, aus welchen die in der Rechnung aufgeführten Schuldposten sich zusammenbauen, hinaus, sie erkennt diese einzelnen Forderungen gerade in ihrer rechtlichen Beziehung an, bestätigt die Schuldverpflichtung des Beklagten, und dieser erneuert, indem er auf Grund der Abrechnung erklärt, dass darnach das Resultat in quantitativer Beziehung festgestellt und in dieser Beziehung auch anerkannt sei, das Versprechen, diese Schuld bezahlen zu wollen. Insofern wird also in dieser Willenserklärung eine schriftliche Willenserklärung constituirt. Will aber der Erklärende die Unwirksamkeit dieser Verbindlichkeit behaupten und darthun, so reicht dazu die Behauptung nicht aus, dass der eine oder andere der anerkannten Forderungsposten in thatsächlicher Beziehung unrichtig sei, vielmehr ist darzuthun, dass der Wille des Erklärenden in Ansehung dieser Forderungen beeinflusst sei, dass eine anerkennende Willenserklärung hinsichtlich dieser nicht habe abgegeben werden sollen. Es muss mithin ein Irrthum, der die Willenserklärung veranlasst, nachgewiesen werden. Daneben fällt aber auch nicht ohne Weiteres derjenige Theil der Willenserklärung, der durch den Irrthum nicht berührt wird, zusammen, dieser muss vielmehr seinen Bestand behalten. Indem der Appellationsrichter angenommen hat, dass desshalb, weil eine der anerkannten Forderungen sich als unrichtig herausstellt, das ganze Anerkenntniss in sich zusammenfalle, hat er die rechtliche Natur und den Charakter des Anerkenntnisses verkannt."

noch bemerkt, dass dieser Vertrag, namentlich in England und Nord-Amerika, das Mittel ist, um wirkliche Einkassirungen und unnöthige Verschiebung bedeutender Capitalien zu ersparen. Man weiss, dass in beiden Ländern das sg. Chequesystem in sehr grossem Massstab angewandt wird.[1]) Fast jeder Gentleman hat einen Contocorrent bei einem Banquier, und zahlt seine täglichen Einkäufe mit einem auf diesen gezogenen Cheque. Diesen Cheque händigt nun der Empfänger seinem Banquier ein, welcher Letztere natürlich ebenso Zahlungen auf Grund auf ihn gezogener Cheques zu machen hat. Der Banquier wäre nun verpflichtet, sich die Umstände und die Mühe zu machen, alle auf ihn gezogenen Cheques zu zahlen, und alle ihm eingehändigten einzucassiren.

Eines und das Andere geschieht durch eine Centraleinrichtung, das sg. clearing-house, worin die Banquiers alle Cheques zu ihren Lasten gegen alle zu ihren Gunsten umwechseln, und lediglich den Saldo zahlen oder empfangen. Um sich eine Idee von der Vereinfachung zu machen, welche diese Compensationseinrichtungen in die Zahlungen bringen, stelle man sich vor, dass mit ihrer Hülfe eine effective Zahlung von durchschnittlich £ 200,000 für die tägliche Liquidation des ungeheueren Geldumsatzes in London ausreicht.[2])

Der erfindungsreiche Geist der Amerikaner hat das clearing-house in New-York derart eingerichtet, dass der Compensationsvertrag abgeschlossen wird, als gelte es eine militärische Evolution. Die Schreibpulte der Banquiers sind ovalförmig aufgestellt. Der Commis, welcher Cheques abzugeben hat, stellt sich vor den Schreibpult, wohin er gehört. Dahinter sitzen die Schreiber, welche die Compensation ausführen. Eine Minute vor der zur Abrechnung bestimmten Zeit wird von dem Verwalter des clearing-house auf eine Glocke gedrückt. Auf dieses Zeichen schwenken alle Commis, die bis dahin Front machten, derart, dass sie mit der rechten Schulter nach dem Schreibpult gekehrt sind. Sobald ein zweites Zeichen sich hören lässt, gehen sie einen Schritt vor, und kommen vor ein zweites

[1]) Vg. über den öconomischen Nutzen dieses Systems eine sehr gut geschriebene academische Prüfungsarbeit von R. Hulshoff: der Cheque vom öconomischen und juristischen Gesichtspunkte, Amsterdam 1870.

[2]) Vgl. J. S. Mill, Principles of Political economy book III chapt. XII § 1 in fine: „The convenience of business has given birth to an arrangement, which makes all the banking houses of the City of London, for certain purposes, virtually one establishement. A banker does not send the cheques which are paid into his banking house, to the banks on which they are drawn, and demand money for them. There is a building called the Clearing-house, to which every City-banker sends, each afternoon, all the cheques on other bankers, which he has received during the day, and they are there exchanged for the cheques on him which have come into the hands of other bankers, the balances only being paid in money; or even these not in money, but in cheques on the Bank of England. By this contrivance, all the business transactions of the City of London during that day, amounting often to millions of pounds, and a vast amount besides of country transactions, represented by bills which country bankers have drawn upon their London correspondents, are liquidated by payments not exceeding on the average 200,000 £".

Pult. So wird, auf immer erneutes Commando, mit regelmässigem Tritt schweigend die Runde gemacht. Hintereinander hat auf diese Weise jeder Commis Alles erhalten, was an sein Haus gehört und die Verrechnung kann beginnen. Der Marsch dauert 10 Minuten, und in dieser Zeit werden durchschnittlich 150 Millionen Dollars täglich ausgewechselt.[1]) Uebrigens ist die Zahl der Verträge gering, zu deren Abschliessung ein Corps von Personen soldatisch gedrillt werden muss.

§ 38. Feststellung des Saldo's. Abrechnung.

e) Schulderneuung.

In dem seltenen Falle, dass bei Abschluss eines Contocorrents alle gegenseitigen Posten gegen einander aufgehen, hat die vertragsmässige Compensation das ganze zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniss beendigt. Nach der Natur der Sache aber wird wohl meistens ein Saldo zu Lasten dieser oder jener Partei übrig bleiben. Es muss also der rechtliche Charakter dieses Endresultats des gegenseitigen Creditverhältnisses untersucht werden.

Für uns, die wir oben [a]) der Lehre von der Schuldanerkennung — und zwar mit Beziehung auf unsern Gegenstand absichtlich — unsere Aufmerksamkeit gewidmet haben, ist diese Untersuchung nicht schwierig. Das dort erhaltene Resultat muss nur hierauf gleichsam angepasst werden. Derjenige, welcher in Folge einer Abrechnung auf Grund eines Contocorrents eine Schuld anerkennt, begründet dadurch eine selbstständige Verpflichtung. Seine Erklärung ist obligatorisch, einerlei ob die causa debiti hinzugefügt wird, einerlei auch, ob er ein Zahlungsversprechen ausdrücklich abgibt oder nicht. Ob und wie diese Schuldanerkennung Platz gegriffen hat, ist durchaus quaestio facti. Sie ist aber an keinerlei Form gebunden, weil der Wille der Parteien sich auf jede Weise manifestiren kann, die ihnen gutdünkt. Gemeinschaftliche Abrechnung und Aufmachung des Saldo's ist gewiss der deutlichste Beweis für die Existenz dieses Willens. Keineswegs aber hat eine stillschweigende Anerkennung, wenn sie unzweifelhaft aus den Umständen folgt, eine geringere Bedeutung.[2]) [b]) Derjenige, welcher diese Schuldaner-

[1]) Vg. Nieuwe Rotterd. Cour. 18. Febr. 1873 Correspondenz Amerika, und einige Zifferangaben bei Roscher, Nationalökonomie I p. 224 Anm. 14.

[a]) In dem hier nicht abgedruckten allgemeinen Theile §§ 12—30 p. 53 ff. Ich erlaubte mir schon oben (p. 62 Anm. a), die rein accessorische Stipulation, da es uns noch an unterscheidenden technischen Ausdrücken fehlt, mit dem Worte „Schulderneuung", dagegen die mit der Novationsabsicht erklärte Stipulation mit dem Worte „Schulderneuerung" zu bezeichnen.

[2]) In diesem Sinne sprechen sich auch die deutschen Gerichte aus:

Urtheil des Oberappell.-Ger. Lübeck 1865 in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. X p. 565: „Allerdings kann bei einer fortgesetzten Geschäftsverbindung mehrmaliges Unterlassen von Reclamationen ein erhebliches Beweismoment für stillschweigende Anerkennung empfangener Conto-courants sein; eine Pflicht des Em-

kennung anfechten will, kann, wenn er sich nicht auf Zwang oder Betrug beruft, dies ausschliesslich auf dem Wege und unter Beobachtung der Erfordernisse der condictio indebiti thun.

pfängers, den zugesandten Conto-courant stets sofort zu prüfen, und in bestimmter Frist oder in nächster Zeit seine Einwendungen dagegen zu erheben, existirt aber nicht, und lässt sich weder aus der in kaufmännischen Geschäften üblichen Ordnung und erforderlichen bona fides, noch aus der Analogie der für den Empfang bestellter Waare und für manche Fälle kaufmännischer Correspondenz geltenden Grundsätze herleiten." (Man beachte wohl, dass der Kaufmann hier nicht zu unmittelbarer Reclamation verpflichtet wird.)

Urtheil des Handelsappell.-Ger. Nürnberg 1865 in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. X p. 566: „Die Anerkennung eines Rechnungsabschlusses kann nicht blos durch eine ausdrückliehe Erklärung, sondern auch stillschweigend durch concludente Handlungen geschehen. Wenn bei einer zwischen zwei Kaufleuten bestehenden Geschäftsverbindung dem einen Theile das Resultat des Contocorrents aufgemacht wird, und derselbe setzt die Geschäftsverbindung fort, ohne gegen das Saldoergebniss irgend eine Erinnerung zu machen, so muss in diesem Verhalten allerdings ein stillschweigendes Einverständniss mit dem ihm bekannten Resultate, insbesondere aber auch damit gefunden werden, dass ihm die aufgerechneten Posten, z. B. Porti, Zinsen und Spesen u. s. w., wirklich zu belasten seien. Nachdem nun Beklagter eine ausdrückliche Reclamation gegen den ihm mitgetheilten Rechnungsabschluss nicht behaupten konnte, sondern die Geschäftsverbindung, ohne eine Beanstandung zu erheben, in der ausgedehntesten Weise fortgesetzt hat, so muss die ihm ertheilte Rechnung als anerkannt gelten, sofern er sich nicht auf Irrthum oder Betrug berufen kann."

Urtheil des Handelsappell.-Ger. Nürnberg 1866 in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. X p. 566: „Eine Vergleichung der von beiden Streittheilen über ihren wechselseitigen Geschäftsverkehr aufgestellten Rechnungen ergibt, dass dieselben bis zum 1. Jan. 1854 inclusive vollkommen einig gegangen sind. — Zur Substantiirung der Klage genügte daher in Bezug auf den erst bezeichneten Posten die Darlegung dieser Uebereinstimmung durch Vorlage des klägerischen Contocorrents und des beklagtischen Conto-Rimarchi vollkommen; denn Rechnungsauszüge werden eben zu dem Zwecke ertheilt, damit der Geschäftsfreund sie Posten für Posten mit seinen Büchern vergleichen und dem Rechnungssteller anzeigen kann, worin er nicht übereinstimme".

Urtheil des Bundesoberhandelsgerichts vom 14. März 1871 (Entscheidungen II p. 116, officielle Ausgabe; Calm: Rechtsgrundsätze der Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Berlin 1873 Rechtsgr. 273 und 277): „Die Ordnung und Sicherheit des kaufmännischen Contocorrents erfordert die Feststellung der Abschlüsse für bestimmte Rechnungsperioden, also die Feststellung der aus ihneu resultirenden Saldi. Deshalb ist es üblich, den Geschäftsfreunden Rechnungsauszug und Saldomeldung halbjährlich oder mindestens jährlich zur Anerkennung zu übersenden. In der Regel wird ausdrückliches Anerkenntniss ertheilt, namentlich dann, wenn es erbeten wird. Allein das verpflichtende Anerkenntniss kann auch stillschweigend geschehen. Die Zusendung (des Contocorrents) und noch mehr die ausdrücklich hinzugefügte Bitte um Vergleichung, Anerkennung, Vormerkung, enthält die Offerte, die neue Geschäftsperiode auf Grund des Abschlusses mit dessen Saldo als einer vereinbarten Forderung oder Schuld zu beginnen und letztere nach Massgabe der Regeln des Contocorrentverkehrs zu tilgen resp. zu verzinsen. Es steht bei dem Empfänger, diese Offerte abzulehnen, gegen den Saldo zu protestiren und den Abschluss zu moniren. Setzt er aber den Contocorrentverkehr ohne Erwiderung oder Rüge fort, so muss angenommen werden, dass er mit dem Erbieten des Zusenders einverstanden sei."

Urtheil des Bundesoberhandelsgerichts vom 8. Nov. 1871 (Entscheid. III p. 426; Dr. Calm a. a. O. Rechtsgr. 274): „Auch unter Kaufleuten kann eine

Sowohl die Doctrin als die Rechtssprechung in Deutschland bewegen sich mit sehr geringen Ausnahmen, und nur[1]) mit verschiedener Nüancirung in der Auffassung und Ausführung, in der hier nachgewiesenen

Verpflichtung zu sofortiger Prüfung zugesandter Conto-couranten und Mittheilung der dagegen zu erhebenden Einwendungen binnen einer bestimmten Frist nicht behauptet werden, und ist vielmehr nach den näheren Umständen des einzelnen Falls zu beurtheilen, also eine Thatfrage, wenn eine stillschweigende Anerkennung anzunehmen sei." In demselben Urtheil wird diese Anerkennung als thatsächlich vorhanden angesehen, wenn eine der Parteien trotz einer Ausstellung hinsichtlich eines oder des andern Postens, oder auch hinsichtlich des Saldo's des Contocorrents die Contocorrentbeziehung fortsetzt (vgl. Calm a. a. O. Rechtsgr. 275): „Die Monita gegen das Contocorrent im Ganzen, wie gegen einzelne Posten desselben, gelten als aufgegeben, wenn trotz ihrer Zurückweisung von der andern Seite die Geschäftsverbindung wieder fortgesetzt ist."

So auch in Holland:

Urtheil des Bezirksgerichts Rotterdam vom 13. Febr. 1861 M. v. H. III 1861 p. 215 Rechtsspr. „In Erw., dass, wenn von zwei Kaufleuten der eine dem andern am Ende des Jahres eine geschlossene Rechnung zusendet und der Andere, ohne irgend eine Bemerkung hinsichtlich des Saldo's derselben zu machen, in Fortsetzung der Handelsbeziehungen eine neue Rechnung eröffnet, neue Bestellungen macht, oder die alte Schuld bezahlt, und so mehrere Jahre fortfährt, ohne gegen die empfangene Rechnung Einwendungen zu erheben, in solchem Falle der Saldo als anerkannt gelten muss und es nicht mehr angeht, Jahre nachher die Unrichtigkeit desselben zu behaupten." (Gegen letzteren Satz hegen wir Bedenken.)

Urtheil des Gerichtshofs Deventer vom 10. Mai 1871 W. v. t. R. No. 3368: „Wenn dem Falliten Contocorrente zugesandt worden sind, und der Curator aus der Correspondenz keinen Beweis des Gegentheils beibringt, so müssen die Contocorrente als anerkannt betrachtet werden. Mithin genügt es nicht, wenn der Curator die Forderung einfach leugnet, ohne Gründe dafür anzuführen, und ohne einen bestimmten Posten der Rechnung zu bestreiten, sondern es muss in diesem Falle die Richtigkeit der Forderung angenommen werden."

b) Vgl. R O.H.G. vom 27. Juni 1871 (Entsch. III p. 4/5); vom 3. Mai 1873 (Entsch. X p. 56); vom 1. Nov. 1873 (Entsch. XI p. 275); vom 28. Sept. 1874 (Entsch. XIV p. 214), vom 21. Nov. 1874 (Entsch. XV p. 273), und das (weitgehende) Urtheil des deutschen Reichsgerichts vom 10. Juli 1880 (Seuffert's Arch. Bd. 36 No. 60) verb.: Verkl. hat „den Credit der Klägerin von Neuem in Anspruch genommen, eine Handlung, in welcher die Klägerin eine Anerkennung der Richtigkeit des zugestellten Rechnungsauszuges erblicken musste, auch wenn es richtig sein sollte, dass der Verkl. einige Wochen früher bei der Zustellung dem überbringenden Kassenboten erklärt hat, der Rechnungsauszug sei nicht richtig . ."

[1]) Hesse (Ueber das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen röm. Rechts, Jena 1868) nennt die Souveränität des Willens — denn dise ist der Kern der Lehre von der Schuldenerkennung — „demoralisirend". Kanonaden sind keine Argumente. Will man dies volltönende Wort beibehalten, so dürften wir es doch noch mehr auf eine Rechtslehre für anwendbar erachten, welche einem besonnenen Manne die Freiheit gibt, eine Anerkennung auszusprechen, und dann dieserhalb verklagt ganz verwundert zu fragen, was denn deren causa sei? Später hat Hesse über dasselbe Thema ein gleichartiges Buch geschrieben: Juristische Probleme (Jena 1872) betitelt. Es ist der alte Wein in neuen Gefässen. Merkwürdig ist aber jedenfalls seine Erkenntniss (p. 2): „Es will mich bedünken, als ob ich schier gegen den Strom schwämme." In dieser Beziehung brauchen wir ihm also keine Illusion zu rauben. Nicht völlig aut dem alten Standpunkte, aber ganz ohne neue Gesichtspunkte, ist die Abhandlung von Stahl: „Beitrag zur Lösung der Frage, ob und in wie weit die Anerkennug einen Verpflichtungsgrund bilde," im Arch. f. civ. Prax. Thl. 54 p. 285.

Richtung. Wir möchten eine kurze Uebersicht des Bedeutendsten, was in dieser Beziehung gesagt ist, hier folgen lassen. Daraus wird erhellen, dass sich die Schulderneuung als selbstständiges Rechtsinstitut bereits in Theorie und Praxis den ihr gebührenden Platz errungen hat. —

Erwähnenswerth sind:

I. *Die Doctrin.*

Bähr:[1] „Unzweifelhaft ist es, dass, wenn das Resultat einer Berechnung über Forderungsverhältnisse durch Stipulation versprochen wurde, hierin ein Schuldgrund lag. Heutzutage muss nun dem in der Abrechnung zu Tage tretenden formlosen Vertrage die Bedeutung der Stipulation, und zwar der stipulatio debiti, beigelegt werden, da ihm ganz dieselbe Natur, die eines Zahlungsversprechens in Anerkennung bestehender Forderungen, innewohnt. Dieses Zahlungsversprechen kann bei der Abrechnung ausdrücklich ertheilt werden. Es liegt aber auch schon in der vertragsmässigen Feststellung der Schuld auf den berechneten Betrag, in der Erklärung (dem „Bekenntniss") auf den und den Betrag miteinander abgerechnet zu haben. Es kann nur die im Wege des Vertrags bethätigte Anerkennung sein, welche die Anfechtung der Abrechnung wegen Nichtbestandes der in ihr begriffenen Posten an die Darlegung eines entschuldbaren Irrthums oder Betrugs nach den Grundsätzen der condictio indebiti bindet."

Regelsberger:[2] „Diese Auffassung (von Bähr) wird meines Erachtens allein dem Wesen der Sache und der Absicht der Parteien gerecht. Zwar kann man einwenden, dass dieser Obligation die materielle Natur unverkennbar aufgeprägt sei; der Saldoschuldner erkläre ja: weil sich durch die gepflogene Berechnung meine Schuld auf soviel entziffert hat, darum verpflichte ich mich hiermit, die benannte Summe zu zahlen. Dabei wird aber übersehen, dass in dieser Verpflichtung das Anerkenntniss enthalten ist, soviel schuldig zu sein. Für den Anerkennungsvertrag tritt die materielle Verpflichtung aus den alten Schuldverhältnissen in das Verhältniss der Voraussetzung, nicht der Grundlage (Bedingungen i. w. s.), gerade so wie bei der römischen stipulatio."

Sintenis:[3] „Dass hier, namentlich mit Hinblick auf ein zwischen Zweien länger fortgesetzten geschäftlichen, und den Handelsverkehr, ein Keim zu einer weiteren Rechtsentwicklung vorzuliegen scheint, ist nicht zu bezweifeln."

Ihering:[4] „Die abstracte Obligation kehrt zu allen Zeiten und auf allen Stufen der Rechtsentwicklung wieder. Ein Beispiel aus neuester Zeit bietet der Begriff der Anerkennung, dessen Ausbreitung und Ein-

[1]) Anerkennung p. 329.

[2]) Archiv für civ. Prax. 48, p. 170.

[3]) Pract. gem. Civilrecht. 3e ed. II, p. 266, § 96, Anm. 25b.

[4]) Geist des röm. Rechts. III. 1. p. 205 und p. 266.

bürgerung in unserer Praxis schwerlich durch theoretische Bedenken aufgehalten werden wird."

Brinz[1]) gibt der von uns behandelten Lehre eine Stelle in seinem System. In § 100 bespricht er die Schuldscheinforderungen, in § 101 die Abrechnungschulden, insbesondere Zahlungsversprechen.

Windscheid[2]) nimmt sie auf als: Vertrag zum Zwecke rechtlicher Feststellung. Seine unserer Meinung günstige Ansicht ist bereits wiederholt erwähnt.[3])

Arndts:[4]) „Uebrigens ist es der in dem angenommenen Versprechen kundgegebene Verpflichtungswille an sich, welcher die Obligatio erzeugt."

Derselbe in einer Beurtheilung von Bähr's Werk:[5]) „Einen Anerkennungsvertrag müssen wir allerdings anerkennen, wo der entsprechende Wille sich zu verpflichten vorliegt. Ja — wir behaupten, dass auch in Betreff der Causa ein solcher verpflichtender Wille möglich sei."

Seuffert:[6]) „Ein hinlänglicher, hierher gehöriger Schuldgrund ist die Abrechnung. Damit wird ein Rechtsgeschäft bezeichnet, vermittelst dessen die Betheiligten ihre gegenseitigen Forderungen und geleisteten Zahlungen in den zusammentreffenden Summen gegen einander aufheben oder vergleichen, und die dem einen oder dem anderen zur Last bleibende Summe als nunmehrigen Schuldbetrag festsetzen."

Unger:[7]) „Wenn die Parteien die Abrechnung gemeinsam vornehmen, dabei jeden Posten prüfen und endlich das Facit ziehen, dann ist erst sicher ihre Intention, die Abrechnung endgültig vorzunehmen und die gefundene Differenz als Schuld des Einen gegen den Andern vertragsmässig festzustellen: es gilt unter ihnen als ab- und ausgemacht (consensu finitum, decisum est), dass die Schuld bestehe, und der Schuldner, der sie zu begleichen verspricht, leistet ein wahres Schuldversprechen (promissio, stipulatio debiti). Hier wird die Restschuld (reliquatio) auf Grund der Abrechnung anerkannt und auf Grund der Anerkennung versprochen."

Endemann:[8]) „Wird der Saldo anerkannt, so ist die Abrechnung, als ein die Einzelposten vollständig absorbirender, den saldirten Bestand als Schuldbestand konstituirender Vertragsschluss, vollendet."

Wetzell[9]) nennt die Anerkennung eines Schuldverhältnisses: „ein selbstständiges Zahlungsversprechen, dessen Klagbarkeit nicht wie die des Constituts durch die Existenz der sicherzustellenden Verpflichtung, sondern lediglich durch die Absicht ihrer Sicherstellung (als subjective causa) bedingt ist."

[1]) Lehrb. d. Pandectenr. Erlangen 1860.
[2]) Lehrb. d. Pandectenr. 2e Ausg. II § 412a p. 496.
[3]) cf u. A. p. 87 in dem hier nicht abgedruckten allgemeinen Theile oben.
[4]) Lehrb. d. Pandectenr. 7. Aufl. § 233 p. 395.
[5]) Krit. Ueberschau IV, p. 243.
[6]) Pract. Pandectenr. 4 Aufl. II, § 309, p. 187, Anm. 8.
[7]) Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. Rechts, VIII, p. 216 vg. p. 81 in dem hier nicht abgedruckten allgem. Theile oben.
[8]) Handelsrecht, 2. Aufl. p. 701, vg. ibid p. 484, 632.
[9]) System des ordentlichen Civilprocesses, 3e ed., le Abth. p. 197.

Koch[1]) stand früher, obwohl seine Meinung nicht immer deutlich vorgetragen wird, auf dem entgegengesetzten Standpunkt: „Die Anerkennung kann für eine Ausdehnung der Formal-Verträge nicht benutzt werden. — Es lässt sich nur im Allgemeinen sagen, dass die vage Bezugnahme auf eine stattgefundene Abrechnung in dem Schuldschein als Ausdruck der causa nicht genügt.“

Später, wie gleich gezeigt werden wird, schliesst er sich ganz der allgemeinen Ansicht an.

Brinkmann[2]) „Der zweiseitige Contocorrentabschluss enthält unzweifelhaft eine Abrechnung und Anerkennung. — Der Saldo kann nicht mehr wegen materieller Unrichtigkeit der vorausgegangenen Posten allein, sondern nur durch Darlegung eines entschuldbaren Irrthums bei dem Abrechnungsgeschäft angefochten werden.“

II. *Die Rechtssprechung.*

1. Urtheil des Oberappell. Gerichts Cassel, 1823.[3]) [a])
2. Urtheil des Oberappell. Gerichts Cassel, 1843.[4])
3. Urtheil des Oberappell. Gerichts Cassel, 1844.[4])
4. Urtheil des Oberappell. Gerichts Rostock, 1850.[5])
5. Urtheil des Oberappell. Gerichts Wiesbaden, 1851.[6])
6. Urtheil des Oberappell. Gerichts Cassel, 1852.[7])
7. Urtheil des Oberappell. Gerichts Cassel, 1853.[8])
8. Urtheil des Obertribunals Stuttgart, 1854.[9])
9. Urtheil des Oberappell. Gerichts Dresden, 1857.[10])
10. Urtheil des Obergerichts Wolfenbüttel, 1857.[11])
11. Urtheil des Obergerichts Wolfenbüttel, 1858.[12])
12. Urtheil des Oberappell. Gerichts Cassel, 1860.[13])

[1]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. X, Ueber Verpflichtungsgrund und Valutenbekenntniss nach Handelsrecht, p. 453.

[2]) Handelsrecht, p. 506.

[3]) Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. II, No. 53.

[a]) Da diese ganze Frage seit dem Erscheinen des Levy'schen Buches (1873) wenigstens in Deutschland eine Streitfrage kaum mehr bildet, so unterlasse ich es, Auszüge aus den schon von Levy citirten Urtheilen, wie dieser es thut, zu geben, und belasse es, der historischen Vollständigkeit halber, lediglich bei der Anführung der Daten.

[4]) Kletke, Sammlung von Präjudizien, No. 48.

[5]) Seuffert's Archiv XII, No. 17.

[6]) Seuffert's Archiv XI, No. 228.

[7]) Seuffert's Archiv IX, No. 149.

[8]) Seuffert's Archiv IX, No. 150.

[9]) Seuffert's Archiv XIII, No. 247.

[10]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. II, p. 433.

[11]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. I, p. 585.

[12]) Seuffert's Archiv XII, No. 260 u. Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. X, p. 560.

[13]) Seuffert's Archiv XV, No. 24.

13. Urtheil des Oberappell. Gerichts München, 1860.[1])
14. Urtheil des Grossh. Badisch. Oberhofgerichts Mannheim, 1861.[2])
15. Urtheil des Oberappell. Gerichts Jena, 1861.[3])
16. Urtheil des Oberappell. Gerichts Dresden, 1861.[4])
17. Urtheil des Oberappell. Gerichts Dresden, 1863.[5])
18. Urtheil des Handelsappell. Gerichts Nürnberg.[6])
19. Urtheil des Spruchcollegiums Heidelberg, 1866.[7])
20. Urtheil des Handelsappell. Gerichts Nürnberg, 1867.[8])
21. Urtheil des Reichsoberhandelsgerichts v. 27. Juni 1871.[9])
22. Urtheil des Reichsoberhandelsgerichts v. 8. Nov. 1871.[10])

„Ob eine Anerkennung ausdrücklich oder thatsächlich (durch concludente Handlungen oder Unterlassungen), erfolgt, kann selbstverständlich auf die rechtliche Bedeutung derselben nicht von Einfluss sein. Auch die stillschweigende Anerkennung eines Conto-courants begründet daher nicht etwa bloss eine Vermuthung für die Richtigkeit der einzelnen Posten und Ansätze, sondern enthält zugleich dem Aussteller des Contocourants gegenüber die Erklärung, das Ergebniss dieser einzelnen Factoren der Rechnung gegen sich gelten lassen und darauf hin den geschäftlichen Verkehr weiter führen zu wollen, als eine vertragsmässige Feststellung des bisherigen Rechnungsverhältnisses unter den Betheiligten. Durch eine solche werden aber etwaige Erinnerungen gegen die Richtigkeit der einzelnen Posten der betreffenden Rechnung und noch mehr bloss allgemeine Rügen von Unrichtigkeiten bedeutungslos, denn für den Fall, dass sie bereits vorher gemacht sein sollten, erscheinen sie als durch späteren Verzicht beseitigt, wogegen etwaige erst nachträglich erhobene Einwendungen der vorher erfolgten Anerkennung gegenüber an sich ebenfalls unzulässig gewesen sein würden. Dem Beklagten bleibt daher eine Anfechtung seiner Anerkennung des Ergebnisses der Conto-couranten nur nach den Grundsätzen der Condictionen resp. nach art. 294 des Deutschen Handelsgesetzbuches übrig.“ [a])

[1]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. X, p. 561.
[2]) Seuffert's Archiv XVI, No. 31
[3]) Seuffert's Archiv XVI, No 219.
[4]) Seuffert's Archiv XV, No. 194.
[5]) Seuffert's Archiv XVII, No. 35.
[6]) Seuffert's Archiv XXI, No. 31 u. Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. X, p. 558.
[7]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. X, p. 553, 556.
[8]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XII, p. 212.
[9]) Entscheid. III, p. 4; Dr. Calm a. a. O. Rechtsgr. 282.
[10]) Entscheid. III, p. 431; Dr. Calm a. a. O. Rechtsgr. 278.
[a]) Ueber die im gleichen Sinne festgestellte österr. Praxis vergl. Grünhut a. a. O. p. 513 Anm. 110. Dagegen die schon besprochene Ansicht von Creizenach (ed. 1873 p. 23), welche noch auf p. 72 dahin präcisirt wird: „In Wahrheit ist der Saldovortrag weiter nichts, als die Angabe des gegenseitigen Forderungsbestandes, und wenn man ihn anerkennt, so thut man nichts, als dass man erklärt, die rein arithmetische Operation der Contocorrentstellung solle vordersamst für richtig gelten. Das Materielle der einzelnen Geschäfte und ihre

Schliesslich noch in Holland:

23. Urtheil des Bezirksgerichts Amsterdam v. 13. März 1867. B. R. XVIII, p. 681.

Die Feststellung eines Contocorrent-Saldo's ist ein Vertrag, welcher bezweckt, das finanzielle Verhältniss zweier Personen mit Beziehung auf eine Reihe von Handlungen zur Klarheit zu bringen. Die einmal geschehene Saldoanerkennung schliesst alle weiteren Forderungen aus.

24. Urtheil des Appell-Hofs von Süd-Holland v. 8. April 1867, in Cassation eines Urtheils des Bezirksgerichts, Rotterdam v. 31. Januar 1866, M. v. H. 1867, p. 173 Rechtsspr.: „Was des Appellaten eigene Handlungen betrifft, so kommt er nicht damit aus, zu leugnen, aus dem Geschäfte (dem Contocorrentsaldo) etwas schuldig zu sein, sondern er muss bestimmt angeben, inwiefern und in welcher Hinsicht und aus welchem Grunde er die auf der mit ihm gepflogenen Rechnung vorkommenden Posten als unrichtig bestreitet.

25. Urtheil des Appell-Hofs von Nord-Holland v. 12. Nov. 1867, (in Bestätigung eines Urtheils des Bezirksgerichts Amsterdam vom 31. Oct. 1867) M. v. H. X 1868, p. 220 Rechtsspr. „Eine Schuldanerkennung mit einem Vorschlage zur Zahlung ist nicht anzusehen als ein Geständniss von Thatsachen (nach art. 1960 B. G.), sondern als ein Schuldbekenntniss und Zahlungsbereiterklärung, welche, wenn sie durch die Gegenpartei angenommen werden, einen Vertrag begründen, dessen Schuldgrund der Saldo der Rechnung ist, und auf dessen Erfüllung geklagt werden kann."

26. Urtheil des Appell-Hofs von Süd-Holland v. 17. Juni 1871 in Vernichtung eines Urtheils des Bezirksgerichts zu Haag. W. v. t R. No. 3478: „Wenn nicht bestritten ist, dass der Saldo eines Contocorrents geschuldet wird, sogar gewichtige Vermuthungen dafür bestehen, dass er anerkannt ist, so muss Derjenige, welcher auf Zahlung desselben verklagt wird, und sich auf Quittung beruft, letztere beweisen, ohne dass eine suppletorische Eidesauflage (hinsichtlich der behaupteten dem Gläubiger gemachten Zusage eines von dem Schuldner auf eigene Ordre gezogenen, aber nicht auf den Gläubiger indossirten Wechsels) nothwendig ist."

III. *Die Gesetzgebung.*

In verschiedenen deutschen Gesetzgebungen ist die Lehre von der Schulderneuung, wie sie oben dargestellt ist, also natürlich zugleich ihre

Ergebnisse, wie sie in den eingestellten Posten dargestellt sind, bleibt der Discussion unterworfen." Feitu a. a. O. gibt zwar ohne weiteres (p. 462) die Klage aus der Abrechnung, auch die Thatsache zu, dass eine „révision" der ganzen Rechnung nach der Anerkennung nicht zulässig, vielmehr nur eine „rectification" möglich sei, behilft sich aber zur Erklärung mit folgenden Phrasen: „Si la rèvision du compte est prohibée, c'est que, lorsque le compte est arrêté par les parties ou par la justice, il faut respecter la loi de la convention ou l'autorité de la chose jugée. Il est de l'intérêt public et aussi l'intérêt des parties, que les procès ne se renouvellent pas indéfiniment, multipliant avec eux les difficultés et les frais" (a. a. O. p. 480 No. 361).

Anwendbarkeit auf den anerkannten Contocorrentsaldo, entschieden ausgesprochen. Dies geschieht in:

1. Dem bürgerl. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (publicirt am 2. Jan. 1863):

§ 1397: Der Vertrag, durch welchen ein Schuldverhältniss zwischen Gläubiger und Schuldner anerkannt wird, berechtigt den Gläubiger, auf Grund des Anerkenntnisses die Bezahlung der Schuld zu verlangen.

§ 1399: Der Anerkennende behält aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse gegen die Klage aus dem Anerkenntnissvertrage, nur die Einreden, welche sich darauf beziehen, dass jenes Verhältniss gesetzlich verboten gewesen sei. Die Einrede der Gegenforderung kann er gegen die Klage gebrauchen, wenn er nicht mit dem Anerkenntnissvertrage zugleich baare Zahlung oder Zahlung zu einem bestimmten Zwecke versprochen hat. Dass das ursprüngliche Schuldverhältniss nicht bestanden habe oder vor dem Anerkenntnissvertrage erloschen gewesen sei, kann gegen diesen Vertrag nur durch dessen Anfechtung, insbesondere nach den Vorschriften über die Rückforderung einer Nichtschuld geltend gemacht werden."

2. Dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Königreich Baiern. (Officielle Ausgabe München 1861).[1]

Die Schulderneuung wird in den allgemeinen Theil des Obligationenrechts aufgenommen. Für die selbstständige Schuldanerkennung wird aber schriftliche Form verlangt. Man sucht darin eine Bürgschaft für „den vollen Ernst und die Ueberlegtheit des Willens, ein so folgenreiches Rechtsgeschäft abzuschliessen" (Motive p. 62 ff.).

3. Dem Dresdener Entwurf eines allgemeinen Deutschen Obligationenrechts von 1866. [a])

Die art. 992—996 (erste Lesung) tragen die Ueberschrift: Schuldanerkennungsvertrag. Damit stimmen überein die art. 922—926 (zweiter Lesung).

Beide enthalten:

das Princip: „Erkennt der Schuldner durch Vertrag mit dem Gläubiger ein zwischen ihnen bestehendes Schuldverhältniss an (Schuldanerkennungsvertrag), so wird der Schuldner auf Grund des Anerkenntnisses zur Erfüllung der anerkannten Schuld verpflichtet;"

die Rechtsfolge: „Der Schuldner kann den Schuldanerkennungsvertrag anfechten, wenn er denselben in der irrigen Voraussetzung eines bestehenden wirksamen Schuldverhältnisses überhaupt, oder des in dem Vertrage bezeichneten insbesondere geschlossen hat, oder wenn sonst die Voraussetzungen für die Rückforderung einer Leistung wegen ungehöriger Bereicherung vorhanden sind."

[1]) Vg. den Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Königr. Baiern u. s. w. Kritisch beleuchtet von Dr. J. J. Lang. Diese Kritik ist wieder kritisirt in der Krit. Vierteljahrsschrift V p. 1 u. 161.

[a]) Vg. Entwurf eines allgem. deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von Dr. B. Francke, Dresden 1866.

Aus der Berathung erhellt, dass man über die verpflichtende Kraft der Schulderneuung einstimmig war. Man ging nur in der theoretischen Construction des Rechtsbegriffs auseinander.[1])

4. Dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch art. 291: „Wenn ein Kaufmann mit einem andern Kaufmann in laufender Rechnung (Kontokurrent) steht, so ist derjenige, welchem beim Rechnungsabschlusse ein Ueberschuss gebührt, von dem ganzen Betrage desselben, wenn gleich darunter Zinsen begriffen sind, seit dem Tage des Abschlusses Zinsen zu fordern berechtigt.

Der Rechnungsabschluss geschieht jährlich einmal, sofern nicht von den Parteien ein Anderes bestimmt ist."

art. 294. „Die Anerkennung einer Rechnung schliesst den Beweis eines Irrthums oder eines Betrugs in der Rechnung nicht aus."

Der seitdem erschienene Commentar von Hahn[2]) geht bei der Erläuterung der letzteren Vorschrift von der mehrerwähnten Lehre (Selbstständigkeit der Schulderneuung) aus, obwohl es seiner Ansicht nach nicht bestimmt die Absicht war, diese im art. 294 zu formuliren. Freilich bedarf es einer gesetzlichen Feststellung derselben für das heutige Recht wohl kaum mehr. — Bei der Interpretation (des art. 294) ist jedenfalls von dem Vorhandensein dieses selbstständigen Rechtsgrundes auszugehen.

I. *Rechtsgelehrte Gutachten.*

Zum Schlusse haben wir auf den Empfang hinzuweisen, welchen die Theorie der Schulderneuung in der wissenschaftlichen Deutschen Juristenvereinigung gefunden hat. Getreu seiner Gewohnheit, wünschte der Deutsche Juristentag das Terrain für diese Frage, sowohl in der Gesetzgebung als in der Praxis zu ebnen. In dieser Absicht stellte er die Lehre von der Schuldanerkennung in ihrem vollen Umfange auf die Tagesordnung. Die Besprechung sollte durch zwei Gutachten verbreitet werden, wovon das eine von R. Koch (Berlin), das andere von Prof. Götz (Leipzig) ausgearbeitet wurde.[3])

Koch, derselbe Schriftsteller, dessen schwankende Haltung in der Abrechnungsfrage wir bereits angedeutet haben,[4]) stellt sich jetzt ohne Vorbehalt auf die Seite der Vorkämpfer für „die verpflichtende Kraft der Schulderneuung." Meinte er früher — wie wir bereits bemerkten —: „die Anerkennung kann für eine Ausdehnung der Formalverträge nicht benutzt werden", so ist jetzt seine Ansicht hierüber ganz geändert. „Im

[1]) Vg. Protoc. der Commission zur Ausarbeitung eines allgem. deutsch. Obl. Rechts. Dresden 1865 V p. 3487 ff.—3393 (233. Sitzung); VI p. 4570—4585 (315. u. 316. Sitzung).

[2]) Zu art. 291.

[3]) Die Gutachten sind zu finden in den „Verhandlungen des Achten deutschen Juristentages" I sub XIX u. XX p. 293 ff. u. 300 ff.

[4]) Vg. p. 124 oben.

Ganzen kann nicht verkannt werden, sagt er, dass die moderne Rechtsentwicklung der Ausbreitung des Formal-Vertrages günstig ist." Trotzdem möchte er der Theorie keinen unbeschränkten Zugang zu dem bürgerlichen Recht gewähren. Hier sollte die Anerkennung an eine bestimmte Form (Schrift) gebunden werden müssen, wenn sie als selbstständiges Rechtsinstitut auftreten will. Was dagegen die Abrechnung insbesondere betrifft, so kann diese auf eigenen Beinen stehen. „Die Praxis hat hier aus eigener Kraft der Idee des Anerkennungsvertrages zu ihrem Rechte verholfen." Dagegen wird auch da noch gewarnt gegen die Vermuthung einer Anerkennung. Ein zweckloser oder unrichtiger Vorbehalt. Der verpflichtende Wille muss immer vorhanden sein, aber es kann aus Vermuthungen abgeleitet werden, ob er vorhanden ist. Die Darstellung macht hier den Eindruck, als ob sich der Verfasser durch seine frühere Lehre etwas gedrückt fühle. Im Allgemeinen aber ist sein Gutachten der neuen Theorie günstig. Dies zeigt sich, wo er die Regel gibt. „Nach der bisherigen Erörterung ist dem Schuldanerkennungsvertrage, welcher insonderheit in dem Geben und Nehmen eineden Rechtsgrund der Verbindlichkeit nicht enthaltenden Schuldbekennts nisses erscheint, eine selbstständige verbindliche Kraft beizulegen, welche wegen eines die ursprüngliche Verbindlichkeit betreffenden Mangels nur nach dem Condictionen-Princip entkräftet werden kann."

Nach dieser Prämisse werden folgende Sätze zur Annahme empfohlen:

1. Die vertragsmässige Anerkennung eines bestehenden Schuldverhältnisses begründet die Verpflichtung zur Erfüllung der anerkannten Schuld, ohne dass es eines Nachweises des Rechtsgrundes dieser Schuld bedarf." [a])

2. Ein Schuldverhältniss ist erloschen (ohne dass ein anderer Auflösungsgrund nachzuweisen ist) wenn der Gläubiger die Auflösung dem Schuldner gegenüber vertragsmässig anerkennt.

3. Der Anerkennungsvertrag (ad 1 und 2) kann wegen Mangels der causa (des Verpflichtungs- resp. Auflösungsgrundes) nur insofern angefochten werden, als die Voraussetzungen einer Klage wegen grundloser Bereicherung (condictio) vorhanden sind.

4. In der Ausstellung und Annahme eines schriftlichen, den Rechtsgrund der Schuld (causa) nicht angebenden Schuldbekenntnisses (Schuldscheins) resp. einer den Tilgungsgrund nicht enthaltenden Befreiungsurkunde (Quittung) liegt die Abschliessung eines Anerkennungsvertrages."

Das Gutachten von Goetz ist ausführlicher, aber weniger scharf in seinen Conclusionen. Er behandelt die Lehre in all ihren Verzweigungen und in nicht weniger als 10 Abtheilungen. Mit zweifelloser Unparteilichkeit werden die Ansichten einander gegenüber gestellt, und mit den

a) cf. art. 15 des (schweizer.) Bundesgesetzes über das Obligationenrecht; in Kraft seit 1. Jan. 1883: „Ein Schuldbekenntniss ist gültig auch ohne die Erwähnung eines besonderen Verpflichtungsgrundes."

Quellen verglichen. Dieser Unparteilichkeit ist es vielleicht zuzuschreiben, dass die persönlichen Ansichten des Verfassers nicht selten in den Hintergrund treten. Die Folge dieser Methode ist eine gewisse Unbestimmtheit, wovon sich selbst die schliessliche Entscheidung nicht frei halten kann. Man erinnert sich, dass das constitutum debiti proprii in der Doctrin lange Zeit der Concurrent der Schulderneuung war und manchmal noch ist.[1]) Darüber lehrt Goetz: „Es bleibt nur der Eindruck, Constitut und Anerkennungsvertrag müssen geschieden werden."

Sowohl in der Erörterung selbst als in diesen Ausspruch liegt unverkennbar eine gewisse Unschlüssigkeit. Das Gutachten entbehrt in der That jener Festigkeit der Linien, deren eine Vorbereitung eines praktischen Gedankenaustausches bedarf.

So vorbereitet, kam die Frage am 29. August 1869 im Gremium des Juristentages zur Verhandlung.[2]) Trotz der schmal zugemessenen Zeit eröffnet Jhering den Gedankenaustausch mit einer kurzen und krystallklaren Darstellung. Drei Punkte bespricht er. Zuerst das praktische Motiv und die juristische Natur der Schulderneuung.

Unter diesen Gesichtspunkt bringt er gerade die Abrechnung. Diese beurtheilt der Richter ganz verschieden, je nachdem er Freund oder Gegner der neuen Theorie ist. In letzterem Falle wird er in der Erklärung, dass abgerechnet und deshalb eine Schuld anerkannt ist, ein Beweismittel finden. Daraus folgt, dass der Kläger die causa oder causae debendi nachzuweisen hat. Der Beklagte wird immer zum Gegenbeweis zugelassen werden müssen. Im ersten Falle hingegen sieht der Richter in der Anerkennung (Feststellung des Saldo's) einen Vertrag, der eine selbstständige Verpflichtung in's Leben ruft. Die Folge dieser Auffassung ist, dass keine causa angegeben zu werden braucht. Der Beklagte kann seine Anerkennung allein mit solchen Einreden, welche Condictionen gleichstehen, bestreiten, z. B. mit entschuldbarem Irrthum, unerlaubtem Beweggrund u. s. w.

Welches Motiv hat der Richter, um den Willen der Parteien als rechtsgültig anzunehmen? Diese haben eine, vielleicht höchst verwickelte, Beziehung, welche schwer zu untersuchen und zu zergliedern ist, durch eine einfache Willenserklärung ersetzt, welche man bequem übersehen kann. Dazu sind sie berechtigt. Sie haben eben das debere für unabhängig erklärt von seiner causa. Man suche darin keine unerlaubte Abweichung. Allerdings fällt dem Richter allein die Aufgabe zu, aus concreten, ihm klar zu legenden Thatsachen den Schluss zu ziehen, ob von einem debere die Rede sein kann. Von dieser Regel sind aber verschiedene analoge Ausnahmen bekannt, wo der Richter die Thatsachen, als ausserhalb seiner Cognition liegend, zu respectiren hat. Wäre es anders, so würde keine Zahlung gültig sein ausser mit richterlicher

[1]) Vergl. pag. 78 in dem hier nicht abgedruckten allgemeinen Theile.

[2]) Der Bericht ist zu finden in den „Verhandlungen des achten deutschen Juristentages II, pag. 94 ff.

Genehmigung. Ebenso kann die actio pignoraticia auf einer Anerkennung der Existenz einer Schuld beruhen. Auch der Ausgangspunkt der actio confessoria kann in der anerkannten Thatsache liegen, dass der Kläger das Eigenthum des praedium dominans habe. In diesen beiden Fällen untersucht der Richter ebensowenig noch einmal das letzterwähnte Eigenthumsrecht, wie die ersterwähnte Schuld.

Auch die Benennung der causa ist bei der Schulderneuung zwecklos. Die Parteien können ja vermittelst der Anerkennung eine ganz neue Verpflichtung schaffen. Forderte man hier die Angabe der causa, so wärde sie formulirt werden, wie etwa bei dem Wechsel die Erklärung: Werth erhalten. Ausserdem erreichte diese Angabe auch ihren Zweck nicht, da auch, wenn sie falsch wäre, eine Befreiung darum nicht folgen würde. Entschuldbarer Irrthum müsste behauptet und bewiesen werden. Aus diesem Grunde glaubt Jhering dem Ausdruck Schulderneuung die Benennung: abstractes Versprechen vorziehen zu sollen.

In zweiter Linie bespricht der Redner die Frage, ob das künftige deutsche Obligationenrecht die verpflichtende Kraft des Willens, auch wenn er sich abstract äussere, anerkennen solle oder nicht. Sie wird bejahend beantwortet. Nicht, dass das materielle Obligationenrecht aufgehoben werden sollte; allein da sollte seine Anwendbarkeit ausgeschlossen bleiben, wo die Parteien dies offenbar wollen. Es kann eine Nothwendigkeit diesen Willen hervorrufen. Der Wechsel ist nicht immer passend zur Erreichung einer solchen Absicht. Er ist weniger geschmeidig, also weniger brauchbar. Hier aber handelt es sich um die Idee der Freiheit — „die Autonomie des persönlichen Willens," — der gehuldigt werden muss. Weder vom Standpunkte des Schuldners, noch vom Gesichtspunkte der Rechtssicherheit bestehen Bedenken dagegen — was im Einzelnen nachgewiesen wird.[1])

Zum Schlusse deutet der Redner an, wie das Gesetz die Schulderneuung regeln müsse. Was den Inhalt betrifft, so wird gemeinhin an eine Verpflichtung zur Zahlung von Geld gedacht werden. Was die Form betrifft, so ist vielleicht die schriftliche Form vorzuziehen. Sie gibt eine grössere Bürgschaft gegen Ueberrumpelung. Im Princip aber ist mündliche Schulderneuung ebenso möglich, und rechtlich ebenso gültig.

Auf Grund dieser Darstellung werden nachfolgende Sätze zur Annahme empfohlen:

1. „Ein auf blosses „Schuldig sein" oder die Zahlung einer Geldsumme, und ich füge in Parenthese hinzu (oder eines sonstigen Gegenstandes) gerichteter, und, wiederum in Parenthese, (schriftlicher) Vertrag hat bindende Kraft ohne Angabe des Schuldgrundes.

2. Eine Einrede gegen diese Verpflichtung steht dem Schuldner nur nach den Grundsätzen der römischen Condictionentheorie zu.

3. Soweit die Intention der Parteien nicht auf das Gegentheil ge-

[1]) Vergl. eine sachlich ähnliche Auffassung in dem hier nicht abgedruckten allgemeinen Theile pag. 90 ff. und 95 ff.

richtet war, hat der Gläubiger die Wahl, ob er aus dem Schuldversprechen oder dem ihm zu Grunde liegenden Geschäft klagen will."

In der darauf folgenden Berathung war es hauptsächlich der Nestor der deutschen Rechtslehrer, der berühmte Geh. Rath Prof. Dr. von Wächter, welcher Bedenken gegen die ebenerwähnte Lehre entwickelte; er fing mit der Erklärung an, dass er die Theorie der Schulderneuung ungerne plötzlich in das bürgerliche Recht aufgenommen sehen würde. Er halte die Regel: „was der Mann versprochen hat, das soll er auch halten" nicht immer für eine sichere Richtschnur. Es seien Versprechungen denkbar, die nach Ehre und Gewissen gehalten werden müssten, aber keine Klage erzeugten, z. B. Verpflichtungen gegenüber dem Ehegatten, Spielschulden. Wer anerkenne, wolle keine Verpflichtung eingehen. Er wolle nur einen Beweis aus Händen geben. Die causa sei es, welche unsern Verpflichtungen Körper, Form und Leben gebe. Es würde eine gefährliche Concession an den Verkehr sein, wenn man es mit der causa zu leicht nähme.

Bei diesem Standpunkte ist aber des Redners Ansicht gerade hinsichtlich der Feststellung eines Saldo's höchst bemerkenswerth. Wir geben sie darum in extenso wieder: „Ich möchte blos, so fuhr der Redner fort, einen Fall ausnehmen, nämlich das kaufmännische Contocurrent. Wenn es recht mit den kaufmännischen Contocurrenten zugeht, so beruhen dieselben durchaus auf früherer unter den Parteien feststehender causa debendi. Mein Banquier schickt mir mein Contocurrent nur dann jedes Neujahr, wenn er sich berufen kann auf die Briefe, in welchen er den Grund eines jeden einzelnen Postens angegeben hat, und ich habe die Briefe des Banquiers in der Hand, um ihn gehörig controliren zu können.[1]) Wenn man vorsichtig ist, wie es ein bonus pater familias sein muss, so vergleicht man die kaufmännischen Contocurrente, die man bekommen hat, mit dem Privatconto, den man selbst geführt hat, und wenn ich dann die Anerkennung ausspreche, so muss ich auch die Folgen tragen. Ich würde gerade den kaufmännischen Contocurrenten und Verträgen die Wirkung der Klagbarkeit beilegen, und nur die Exception wegen Irrthums oder wegen Betrugs zulassen, die dann der Schuldner beweisen muss."

Die Zeit war zu weit vorgerückt, als dass man zu einem Endresultat hätte kommen können. Auf Vorschlag des Vorsitzenden wurde die weitere Besprechung vertagt. In einer späteren Versammlung sollte dieser Gegenstand auf's Neue auf die Tagesordnung gestellt werden. Bereits ist eine erneute Vorbereitung bewerkstelligt. Drei Vorgutachten sind wiederum ausgearbeitet[2]). Das erste ist von dem Senator Dr. Dugge in Dützow. Das zweite von dem Privatdocenten Dr. Eck in Berlin. Das dritte von

[1]) Wir machen auf diese höchst merkwürdige Auffassung aufmerksam, die für uns der Ausgangspunkt für eine andere Erörterung ist, vergl. pag. 111 ff. oben.

[2]) Sie sind zu finden in den „Verhandlungen des neunten Deutschen Juristentages" II sub XIII, XIV und XV, p. 426 ff., 445 ff. und 455 ff.

dem Oberappellationsgerichtsrath Dr. Zimmermann in Lübeck. Abgesehen von untergeordneten Abweichungen lautet das Resultat bei allen Dreien zu Gunsten der von Jhering zur Annahme empfohlenen Sätze. [a])

§ 39. Feststellung des Saldo's. Abrechnung.

f) Schulderneuerung.

Ist der Endsaldo einer Rechnung zwischen den Parteien festgestellt, so ist damit, wie soeben auseinandergesetzt, eine Schuldanerkennung in's Leben gerufen. Hat aber diese Handlung die Wirkung, dass die als Posten in den Contocorrent eingestellten materiellen Forderungen aufgehoben werden, derart, dass an ihre Stelle ausschliesslich und allein die durch den Saldo und in ihm vergegenwärtigte Forderung tritt? Muss man es so ansehen, als hätten die Parteien eine Schulderneuerung (novatio) bei der Feststellung des Saldo's eingegangen? Oder haben sie sich auf eine Schulderneuung (stipulatio debiti) beschränkt?

Die Frage ist sehr wichtig. Aber es ist doch vor einer Ueberschätzung ihrer Bedeutung, wozu man sehr leicht geneigt sein dürfte, zu warnen. Wir wollen zunächst sehen, auf welchen Rechtsgrundsatz die Beantwortung jener Frage keinen Einfluss ausübt, einerlei, wie sie ausfalle. Wer seine Schuldanerkennung anfechten will, muss dies condictione indebiti thun. Dass diese seine Verpflichtung völlig dieselbe bleibt, auch wenn die Schuldanerkennung den Charakter einer Schulderneuerung trägt, ist schwerlich zu bestreiten. In diesem Punkte scheinen die Aussprüche der Quellen unzweifelhaft zu sein. Zum Beweise diene:

l. 31. D. de condict. indeb. 12. 6. Js, qui plus, quam hereditaria portio efficit, creditori caverit, indebiti promissi habet condictionem; l. 5 § 1. D. de act. emt. vend. 19. 1. Sed si falso existimans, se damnatum vendere, vendiderit, dicendum est, agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest, quem admodum si falso existimans se damnatum dare, promisisset, agentem doli moli exceptione summoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur.

Eine Anwendung der den Römern eigenen Unterscheidungsgabe findet man in der

l. 1 pr. D. de cond. sine causa 12. 7: Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si quis solverit indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non debit, sed ipsam obligationem.[1])

[a]) Der Deutsche Juristentag hat denn auch die Jhering'schen Thesen im Princip angenommen.

[1]) Windscheid Pandekten II, § 353, pag. 301, Anm. 2. „Das Resultat der Novation ist also, dass der Gläubiger ein Erfüllungsaequivalent hat, und in diesem Sinne wird in den Quellen die Novation mit der solutio verglichen, ja geradezu als solutio bezeichnet."

Wenn von zwei Parteien eine neue Verpflichtung an die Stelle einer alten, welche man vernichtet, begründet wird, so erfolgt eine Bezahlung. Wäre die Zahlung effectiv geschehen, so gäbe es kein anderes Mittel, sie zurückzufordern, als die condictio indebiti. Nun statt einer Verpflichtung eine neue an deren Stelle getreten, muss dasselbe Mittel angewandt werden.[1])

Die processuale Verpflichtung des Beklagten, der eine Schulderneuerung bekämpfen möchte, wird deshalb, wie man die Anerkennung auch auffasse, nicht geändert. In beiden Fällen kann gleichermassen, wenn ein Saldo festgestellt ist, eine Forderung auf Grund einzelner Posten nur insofern angestellt werden, als die Posten nicht in der Abrechnung begriffen sind, d. h. entweder von den Parteien nicht in die Abrechnung eingestellt sind, oder ihrer Natur nach nicht dahin gehören. Die Einheit, die natürliche Rechtsfolge des Contocorrentvertrags, hat ja in dem Saldo sich verwirklicht. Letzterer würde keinen Existenzgrund haben, wenn, unabhängig von der Feststellung des Saldo's, den Parteien das Recht überlassen bliebe, einzelne Posten geltend zu machen. Diese sind zu der Bildung des Saldo's mitwirkende Factoren, und haben keine andere, als diese specielle Rolle zu erfüllen. Haben sie diesen Dienst geleistet, so sind sie im Saldo aufgegangen, der von da ab ihre Stelle einnimmt.

Das Princip also, dass nach der Saldofeststellung nur das gefordert werden kann, was in der Abrechnung nicht inbegriffen ist, ist nicht mit der Behauptung anzugreifen, dass in der Feststellung eine Schulderneuerung liege. Wenn dies auch nicht der Fall ist, muss das Princip nichtsdestoweniger gelten. Wie die Einheit des Contocorrents der Loslösung einzelner Posten aus dem Nexus,[2]) ebenso widerstrebt dieser Einheitsbegriff einem doppelten Gebrauch derselben Posten erst zur Aufmachung des Saldo's, dann zu besonderer Einforderung. Könnte dies zugegeben werden, so würde die Feststellung des Saldo's selbst eine sinnlose Handlung sein.[3])

[1]) Bähr Anerkennung pag. 241. „Es muss behauptet werden, dass auch bei vorhandener Novation, die Abrechnung wegen irrthümlicher Voraussetzung der novirten Schuldverhältnisse angefochten werden könne."

Regelsberger Archiv f. civ. Prax. 47, pag. 170. „Nach Analogie der Rückforderung grundloser Zahlungen muss der Schuldner Umstände darthun, woraus erhellt, dass er bei Abschluss des Abrechnungsvertrags sich über die Nichtexistenz der angenommenen Schuld in verzeihlicher Weise getäuscht habe. Für die Novation steht dies ausser Zweifel."

[2]) Vergl. pag. 101 oben.

[3]) Die hier entwickelte Ansicht wird auch von Bähr a. a. O. pag. 241 vertreten, obschon er sich keine Rechenschaft von seinen Gründen gibt: „Es steht fest," sagt er, „dass, wenn auch keine Novation erfolgt, doch die in der Abrechnung begriffenen Forderungen nur noch insoweit verfolgt werden können, als sie nicht dabei zur Aufrechnung gekommen sind."

So wird auch entschieden in einem Urtheil des Oberappell.-Ger. Cassel vom 16. März 1861 (Seuff. Arch. 15 No. 117): „Der Umstand, dass Kläger mit dem Verklagten in einer gegenseitigen Geschäftsverbindung gestanden hat, ist kein Grund, alle zwischen beiden vorgekommenen Rechtsgeschäfte als zu einem, nur

Aus einem andern Gesichtspunkte aber ist die uns beschäftigende Frage von grossen Gewichte. Wir meinen nämlich den Einfluss, welchen die Abrechnung auf die accessoria (Pfand, Bürgschaft, Privileg) der einzelnen in den Contocorrent aufgenommenen materiellen Forderungen ausübt. Dass diese accessoria zu Grunde gehen, wenn wirklich der Abrechnung der Charakter der Schulderneuerung zukommt, ist indubitati juris.[1] [a])

Zur Lösung dieser Frage können nun nur allgemein leitende Principien aufgestellt werden. Wir glauben nachgewiesen zu haben, dass das Bestehen oder Nichtbestehen der Schulderneuerung durchaus nicht abhängig gemacht zu werden braucht von einem besonderen Akt, oder einer ausdrücklichen Erklärung.[2] [b]) Es mag hier genügen, uns auf ein Urtheil des Bezirksgerichts von Amsterdam berufen zu können, welches der von uns vorgetragenen Ansicht huldigt.[3]) Es muss deshalb aus den

durch Abrechnung zu erledigenden resp. klagbar zu machenden, Ganzen gehörig anzusehen, aus welchem, wie bei einer ein Ganzes bildenden Vermögensverwaltung, einzelne Theile für sich allein nicht geltend gemacht werden könnten. Vielmehr behalten die einzelnen Rechtsgeschäfte und daraus hervorgehenden Forderungsrechte unverändert ihre selbstständige Wirksamkeit und Klagbarkeit, insofern sie nicht in einer bereits stattgehabten Abrechnung verrechnet und durch beiderseitiges Anerkenntniss in dem gezogenen Saldo aufgegangen sind."

[1]) l. 18. D. de nov. et deleg. 46. 2: Novatione legitime facta, liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt; vergl. l. 27, l. 29 ibid., l. 11, § 1 D. 13. 7; art. 1457 des holländ. bürgerl. Gesetzbuchs.

[a]) cf. l. 4 C. 8. 41; Windscheid a. a. O. (ed. IV) § 340, Anm. 10; Massé a. a. O. t. IV No. 227; Feitu a. a. O. No. 216, 222, 224, 225. Interessant ist die Vergleichung eines Urtheils der cour de cassation von 19. Oct. 1859 (S. 1861, I, 77), welches entschied, „que le privilège de l'administration des douanes ne peut s'exercer sur le prix de la vente des marchandises, lorsque ce prix a été réglé en compte-courant entre le vendeur et l'acheteur," mit der ganz auf gleicher faktischer Basis beruhenden und zu gleichem rechtlichem Resultat gelangenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 16. Nov. 1880 (Entsch. III p. 17): „In Erw...., dass ... die rechtlichen Wirkungen des Contocorrents sich an die Anerkennung des Saldo's knüpfen, welche zur Folge hat, dass die auf dem Fundamente derselben beruhende Saldoforderung an die Stelle der als ausgeglichen zu betrachtende Posten der Rechnung tritt; dass hiernach nicht mit dem Appellationsrichter anzunehmen ist, dass in dem Saldo der fragliche Posten [Zahlung an das Hauptsteueramt für Zollgefälle] in seiner Individualität fortbestehe, derselbe daher auch das Privileg, welches dem letzteren anklebte, der angemeldeten Saldoforderung mit Unrecht zugesprochen hat."

Wir werden auf diese Entscheidung zurückkommen.

[2]) Vergl. pag. 59 (in dem hier nicht abgedruckten allgemeinen Theile).

[b]) Die Textworte beziehen sich zunächst auf holländisches Recht, können aber allgemeine Geltung beanspruchen.

[3]) Vergl. 26. Juni 1872, M. v. H. XIV 1872, pag. 210. „In Erwägung, dass aus den Worten des art. 1451 B. G. nicht abgeleitet zu werden braucht, dass keine Schulderneuerung ohne schriftlichen Akt geschehen könne, weil man durch solche Auslegung die Gültigkeit des zweiten Vertrages von einem Erforderniss abhängig machen würde, welches das Gesetz nirgends aufgestellt hat, und welches dem allgemeinen Princip des art. 1374 des bürgerl. Gesetzbuches widerstreiten würde; dass die angeführten Worte (des art. 1451 des bürgerl. Gesetzbuches) dagegen allerdings bedeuten, dass die Absicht der Parteien eine Schulderneuerung

Umständen abgeleitet werden, ob die Parteien eine Novation beabsichtigt haben. Diese Absicht der Parteien muss der Richter in ihrem Zusammenhange untersuchen, ohne der Neigung nachzugeben, die Schulderneuerung aus dem einzigen, negativen Grunde auszuschliessen, dass dieselbe nicht „vermuthet" werden dürfe (art. 1451 des holl. bürgerlichen Gesetzbuchs).

Die Novation ist also nicht [a]) mit der Abrechnung als solcher und von selbst verbunden. Auch Regelsberger [1]) stellt dies Princip als Ausgangspunkt hin. „Der Abrechnungsvertrag," sagt er, kann bald den einen, bald den andern rechtlichen Charakter haben. Es bestimmt sich dies lediglich durch die Absicht der Parteien beim Geschäftsabschlusse." Unmittelbar darauf aber scheint er in der Anwendung seiner eigenen Lehre dieser untreu zu werden. „Wenn die Parteien," so fährt er fort, [2]) „über eine Mehrheit von Forderungen und Gegenforderungen, vielleicht von verwickelter Natur, abrechnen, so ist eine Novation anzunehmen. — Die Parteien wollen in solchen Fällen „ihr Gedächtniss nicht weiter mit den einzelnen Posten beschweren", an die Stelle der mannigfaltigen Obligationverhältnisse ein einfaches setzen, und damit die Unsicherheit und Unbequemlichkeit für die Zukunft abschneiden."

Wie es möglich ist, hierin ein Princip zu finden, ist uns nicht klar. Die Abrechnung wird ja wohl immer „eine Mehrheit" von Forderungen und Schulden zum Gegenstande haben. Soll die Anzahl allein entscheiden? Wenn ja, wo ist die Grenze?

Wir halten es für richtiger, einen solchen Massstab bei Seite zu lassen. Die nackte Anzahl der abgerechneten Posten scheint uns kein Recht zu gewähren, auf bestehende Novation zu schliessen. Wollen die Parteien wirklich vor Allem eine verwickelte Beziehung dadurch zur Klarheit bringen, dass sie eine Zahl novandi animo feststellen, so dürfte diese ihre Absicht sehr leicht aus den Vorbereitungen zur Abrechnung hervorgehen. Im Leben sind die Thatsachen selten so aus einem Stück und glatt, wie sie sich die Doctrin vorstellen muss.

Für durchaus unannehmbar aber halten wir die Ansicht Regelsberger's über die Novation bei der speziell auf Grund Contocorrents ge-

einzugehen, so deutlich erhellen muss, dass darüber kein Zweifel bestehen kann, und im Zweifelsfalle die alte Verpflichtung als noch bestehend angesehen werden muss."

a) Vergl. gegen Novation Windscheid a. a. O. II, § 354, Anm. 15 a. E.; G. Bruns des constitutum debiti (Zeitschrift für Rechtsgesch. I, pag. 28 ff. a. 1861, pag. 124/25); und wohl auch Creizenach a. a. O. (1873) pag. 20, 26, 80; schwankend Unger „zur Lehre v. Anerkennungsvertrag" (Jahrb. f. d. Dogm. etc. Bd. VIII) pag. 218; für Novation vergl. noch Ladenburg „Die Abrechnung" (Central-Organ für das deutsche Handels- und Wechsel-Recht V. F. Bd. IV) pag. 174, und natürlich die ganze französische Theorie und Praxis, die ja wie oben erörtert, fast einstimmig schon in der Einstellung eines Postens in den Contocorrent eine Novation sieht.

1) a. a. O. pag. 173.

2) a. a. O. pag. 174.

pflogenen Abrechnung: „Ich erblicke," sagt er,[1]) in dem periodischen Abschluss der laufenden Rechnung unter Kaufleuten immer eine Novation; denn hier hört mit der Fertigung des Contocorrentabschlusses der Zinsenlauf der einzelnen Gutmachungsposten auf, und tritt die Verzinsung des Saldo's ein." Er schliesst sich damit Kuntze an.[2])

Letzterer Schriftsteller gibt für seine Ansicht keinen Grund an. Ersterer dagegen findet die Stütze für die immer hier als vorhanden zu betrachtende Novation in der Verzinsung[3]) des Saldo's. Man weiss, dass diese durch einen allgemeinen Handelsgebrauch gerechtfertigt und erlaubt ist.[4]) Keinenfalls aber dürfen wir den Grund für diesen Gebrauch in der unterstellten Schulderneuerungsabsicht suchen. So gekünstelt, gleichsam specifisch juristisch ist in der Regel das Bewusstsein nicht, welches eine überall bestehende Usance in's Leben ruft. Der natürliche Beweggrund für die Verzinsung des Saldo's scheint uns der zu sein, dass der ursprüngliche gegenseitige Kredit nach der Ausgleichung der Rechnung zu bestehen aufgehört hat, und vermittelst des Saldo's einseitiger Kredit geworden ist. So wenig die Kreditgewährung unbezahlt bleiben konnte, so lange die Rechnung lief, so wenig wird sie es, wenn die Rechnung zum Stillstand gebracht ist. Wie kraft des Contocorrentvertrages die gegenseitige Zahlung aufgeschoben, und dafür eine Vergütung berechnet wird, so geschieht dies jetzt für den Saldo in gleicher Voraussetzung. Es ist dasselbe Princip, das nur in anderer Form sich zeigt.[5])

Speziell bei der Abrechnung auf Grund Contocorrents möchten wir daher — wenn nicht das Gegentheil unzweifelhaft erhellt — den Ausschluss der Novation als Regel annehmen. Gerade die mit der Schulderneuerung verbundene rechtliche Folge, der Untergang nämlich der accessoria der in den Contocorrent aufgenommenen Posten, scheint zu diesem Grundsatz führen zu müssen. Der Kaufmann, der für eine Forderung sachliche oder persönliche Bürgschaft hat, ist nicht gewillt, darauf zu verzichten, um sich mit einem Minus zufrieden zu geben.

So lange daher der Saldo selbst nicht bezahlt ist (welchenfalls die

[1]) a. a. O. pag. 174.

[2]) Die Obligation und Singularsuccession pag. 254. „Im kaufmännischen Leben findet die Novation eine sehr häufige Anwendung. Auf ihr ruht das Anerkenntniss des Rechnungssaldo (unter in laufender Rechnung stehenden Geschäftsfreunden), ohne dessen rechtliche Kraft Tausende von Klagen, welche lange und verwickelte Rechnungsreihen des gegenseitigen Habens und Sollens zur Voraussetzung haben, nur mit der höchsten Weitläufigkeit und Beschwerniss angestellt werden könnten."

[3]) Wir gebrauchen den Ausdruck, dessen Richtigkeit und Zweckmässigkeit wir bestreiten. Vergl. pag. 77 oben.

[4]) Vergl. pag. 70 oben.

[5]) Aus diesen Gründen erklärte u. E. der Appellhof in Nord-Holland in seinem Urtheil vom 7. October 1869 (M. v. H. XI 1869, pag. 211 Rechtsspr.) völlig richtig: „wo es erhellt, dass Kaufleute sich bereits früher Zinsen im Contocorrent berechnet, und so die Rechnung ausgeglichen haben, kann aus dieser Thatsache eine stillschweigende Uebereinkunft derselben gefolgert werden, sich auch für die Folge Zinsen, und zwar in dem nämlichen Prozentsatze, zu berechnen."

Frage natürlich wegfällt), wird er sich hinsichtlich des Postens, für den er eine Bürgschaft hat, für besser gesichert halten. Die Rechtsregel: melius est incumbere in rem quam in personam, kennt der Kaufmann durch Intuition.

Grund genug, um ihm gegenüber in der Aufstellung vermuthlicher Absichten vorsichtig zu sein, deren Existenz er, falls er gefragt würde, wohl entschieden in Abrede stellen würde.[1] [a])

[1]) Diese unsere Anschauung liegt auch einem Urtheil des Oberhofgerichts zu Mannheim vom 16. Mai 1871 (Seuff. Arch. 26 No. 155) zu Grunde. Der Banquier M. eröffnete ein Contocorrentverhältniss mit der Firma F. und B. Der Theilhaber B. trat aus der Firma aus, die dem Banquier 5000 schuldig blieb. Das Geschäft wurde sammt Activen und Passiven von F. übernommen, mit dem der Banquier in Geschäftsverbindung blieb, und den er für jene 5000 belastete. Auf diesen Betrag wurden 2000 bezahlt, und die übrigen 3000 forderte nun der Banquier von dem ausgetretenen früheren Theilhaber B. In 2 Instanzen wurde er abgewiesen, in der letzten wurde der Klage stattgegeben.

„Daraus, dass M. den bei Auflösung der Gesellschaft bestehenden Saldo als Sollposten in dem dem F. eröffneten neuen Contocorrent übertragen, könne auch keine objective Rechtswandlung abgeleitet werden. Der Saldo am Schluss einer Rechnungsperiode ist lediglich ein Restguthaben, der übrig gebliebene Theil der alten Forderung. Werde der Saldo in eine neue Rechnung, sei es mit den bisherigen Contrahenten, sei es einem Rechtsnachfolger derselben übertragen, so werde nicht die alte Verbindlichkeit aufgehoben, und eine neue an deren Stelle gesetzt, sondern es bestehe die frühere Verbindlichkeit ihrer rechtlichen Natur nach unverändert fort, insofern nicht die Absicht, dass der Saldobetrag dem Schuldner unter einem andern Rechtstitel, z. B. als Darlehen, belassen werden solle, ausdrücklich ausgesprochen werde, oder aus den Umständen hervorgehe, da es sonst dem Saldo, wenn man ihn als neue Forderung auffassen will, an einem Rechtstitel fehlen würde. In concreto liegt aber kein Anhaltspunkt vor, dass M. beim Uebertrag des Saldo's in den Contocorrent des F. eine Abänderung des Titels ihrer Forderung beabsichtigte."

Eine merkwürdige Auffassung aus dem Gesichtspunkte der Novation findet sich bei Creizenach a. a. O. pag. 42: „Bei der Abrechnung wird allerdings aus dem Complexe der bisherigen Rechtsverhältnisse ein einziges neues, nämlich eine bestimmte Geldforderung desjenigen, dem ein Aktiv-Saldo zu gut kommt. Aber hier ist es abermals nicht die Eintragung in den Contocorrent, welche die angebliche Novation begründet, sondern die Verzichtleistung, und diese Verzichtleistung begründet keine neue Forderung, sondern lediglich die Aufhebung bestehender Forderungen; denn der neue Saldo ist keine neue Forderung, sondern blos die Feststellung, das Ergebniss der Berechnung einer schon bestehenden und wird der Saldo neu creditirt, so ist dies die Folge des bestehenden oder erneuerten Contocorrentvertrags."

Das Kennzeichen der Schulderneuerung würde also nach Creizenach in der Decharge zu finden sein, welche sich die Contrahenten hinsichtlich ihrer anderen Forderungen ertheilen. Die sogenannte Verzichtleistung aber beruht auf dem Contocorrentvertrage, der jede zwischenzeitliche Compensation abschneidet. Was nicht compensirt werden kann, ist natürlich der Saldo. Soll dieser die früheren Posten aufheben müssen, weil sie zum Theil gegen einander aufgegangen sind? Dies scheint uns einfach eine petitio principii. Waren die früheren Posten nicht gegen einander aufgegangen, so würde der Saldo nicht existiren. Dass er existirt, ist die natürliche Folge der Compensation.

[a]) Ich kann meinerseits der obigen Ausführung, dass die Abrechnung im Contocorrent im Zweifel keine Novation, also im Zweifel nur eine Schulderneuung, und keine Schulderneuerung enthalte, nur entschieden beistimmen,

§. 40. Feststellung des Saldos. Abrechnung.

g) Auschliessung anderer Schuldverhältnisse.

Die Feststellung des Saldos ist eine ausdrückliche Schuldanerkennung. Liegt darin zugleich eine stillschweigende Anerkennung, dass keine andere, als die abgerechnete Schuld zwischen den Parteien be-

wenn ich auch die in der vorigen Anmerkung angeführte Entscheidung des Oberhofgerichts von Mannheim, und die Polemik Levy's gegen Creizenach aus anderen Gründen nicht für richtig bezw. nicht für gerechtfertigt halte. —

Wenn Etwas an der vielbestrittenen l. 8. C. 8. 42 unbestritten sein sollte, so ist es die Absicht, die der Gesetzgeber bei Erlass jener Verfügung gehabt hat, die nämlich: „die von den Juristen zu Gunsten der Novation aufgestellten Rechtsvermuthungen zu beseitigen" (Windscheid a. a. O. ed. IV, Bd. 2, § 354 Anm. 15 sub a).

Ich vermag daher nicht einzusehen, wie so u. A. Grünhut a. a. O. p. 521 dazu gelangt, gerade im Zweifel anzunehmen, dass eine Novation beabsichtigt sei, zumal auch ohne Novation die „praktische Spitze" des Contoc.-Vertrages (Grünhut a. a. O. pag. 522), nämlich die Einheit der im Saldo sich zusammenfassenden Contocorrentposten, sehr wohl erreichbar und erreicht ist.

Vergl. gegen Novation die Urtheile des O. A. G. zu Lübeck vom 15. März 1855 (Vereinssammlung II p. 77) und des Obertribunals zu Berlin vom 22. Septbr. 1868 (Seuff. Arch. XXIV, No. 260).

Durchaus schwankend hat sich in dieser Frage die Rechtssprechung des Reichsoberhandelsgerichts entwickelt:

Dass nämlich die Entscheidungen vom 21. März 1871 (Entsch. II S. 139), vom 22. Juni 1871 (Entsch. II. S. 443), vom 13. März 1873 (IX S. 217) und vom 17. Mai 1873 (Entsch. X pag. 102), (welche sämmtlich aussprechen, dass gerade in der consumirenden Kraft die Eigenthümlichkeit der laufenden Rechnung sich äussere, dass die jeweiligen Saldobeträge als neuer Stamm in der laufenden Rechnung weiterzuführen seien, dass nach der Anerkennung des Saldos die „Rechtsverhältnisse aus den einzelnen betreffenden Geschäften ihre selbstständige Bedeutung verlieren, sowie endlich, dass ein „Contocorrent-Saldo und der Betrag eines oder mehrerer einzelner Posten der Contocorrentberechnung ... dem Schuldgrunde nach verschiedene Arten von Forderungen bilden), mit diesen Sätzen die Novationstheorie, für welche sie gewöhnlich angeführt werden, nicht hat gutheissen wollen, geht aus der Begründung der spätesten Entscheidung des nämlichen Gerichtshofs vom 29. März 1876 (Entsch. XX pag. 261) hervor: „dass ..., wenn auch bei einem [Contocorrent-] Verhältnisse die einzelnen Rechnungsposten vom Saldo consumirt werden, daraus doch nicht folgt, dass die einzelnen Schuldverhälthältnisse novirt ... werden", was auch im Erkenntniss vom 3. October 1873 (Entsch. XI, pag. 142) mit den Worten bestätigt ist: „Der Saldo, obschon er äusserlich nur das rechnungsmässige Ergebniss der einzelnen Contocorrentposten bildet, und obschon er diese nicht noviren mag, gilt doch gewohnheitsrechtlich in Ansehung der Verzinslichkeit als eine neue Rechnungspost." Dem gegenüber darf nicht verschwiegen werden, dass denn doch in dem Erkenntniss vom 1. November 1873 (Entsch. XI pag. 276) sich die Ausführung findet, dass „mit Anerkennung des Saldo die bezügliche Rechnung für abgethan" gilt; „an die Stelle ihrer einzelnen als berichtigt anzusehenden Positionen ist in dem Saldo eine andere auf für sich bestehendem Fundamente beruhende Forderung getreten ... das Anerkenntniss eines Saldo [hat] ... in Betreff derjenigen Forderungen, aus deren Vergleichung mit den Debetposten derselbe hervorgegangen ist, die Wirkungen der Zahlung oder sonstiger „Tilgung", was man doch wohl nur als ein feierliches (in der späteren Entscheidung vom 29. März 1876 jedoch wieder zurückgezogenes) Bekenntniss zur Novationstheorie auffassen kann,

steht? Wenn der Abrechnung allein der ersterwähnte positive Charakter zukommt, so wird die Partei, welche eine Forderung besonders einklagt, mit der Behauptung ausreichen können, dass diese Forderung ausserhalb des Contocorrentnexus geblieben ist. Muss dagegen der Abrechnung auch die letzterwähnte negative Bedeutung zuerkannt werden, so wird die einfache Verweisung auf die vollzogene Abrechnung die Abweisung jener Forderung zur Folge haben müssen.

welche letztere auch in der oben citirten Entscheidung des Reichsgerichts vom 16. November 1880 (Entsch. III pag. 17) einen völlig unzweideutigen Ausdruck findet verb.: „dass die rechtlichen Wirkungen des Contocorrents sich an die Anerkennung des Saldo's knüpfen, welche zur Folge hat, dass die auf dem Fundamente derselben beruhende Saldoforderung an die Stelle der als ausgeglichen zu betrachtenden Posten der Rechnung tritt."

Ich bin aber der Meinung, dass dieser ganze Streit, ob Novation oder nicht, in der Lehre vom Contocorrentvertrage völlig gleichgültig ist.

„Die Frage", sagt Bähr a. a. O. od. 1867 p. 241, „ob Novation oder nicht", entscheidet . . . nur über Folgendes:

1) Enthält die Abrechnung eine Novation, so genügt wider die Klage aus den ursprünglichen Forderungen der Einwand: „es sind diese Forderungen in einer Abrechnung mit berechnet." Enthält die Abrechnung keine Novation, so kann nicht schon die Abrechnung an sich, sondern nur die Darlegung, dass die Forderungen dabei wirklich zur Aufrechnung gekommen, die Klagabweisung herbeiführen.

2) Enthält die Abrechnung eine Novation, so gehen durch sie die Privilegien und Accessorien der in ihr berechneten Forderungen unter."

In der That aber liegt bei der Abrechnung im Contocorrentverkehr die Entscheidung dieser Frage nicht in der (Annahme oder Bestreitung der (Novationstheorie, sondern einzig und allein in dem Grundprincip des Contocorrentvertrages: in der von den Parteien gewollten und mittelst gemeinschaftlicher Feststellung des Saldos durchgeführten Einheitlichkeit der Credit- und der Debet-Masse.

Jeder Klage also aus einer ursprünglichen Forderung nach gemeinschaftlicher Feststellung des Saldos steht, mag man im Uebrigen Novation annehmen oder nicht, der Einwand entgegen:

> dass diese ursprüngliche Forderung inzwischen gemäss der durch Eingehung des Contocorrentvertrages ausgesprochenen und durch Aufrechnung der Credit- und Debet-Masse bethätigten Absicht der Parteien aufgehört hat, als Einzelposten zu figuriren, und zu einem integrirenden Bestandtheil der einheitlichen Masse geworden ist.

Da sonach in dem Saldo, dem nach Aufrechnung beider Massen übrig gebliebenen residuum der einen Masse, die ursprüngliche Forderung als solche, d. h. als Einzelposten jedenfalls nicht mehr in derjenigen Unterscheidbarkeit fortbesteht, welche für die Fortexistenz der accessoria unerlässliche Voraussetzung ist, so ergiebt sich hieraus und nicht aus den Principien der Novation oder Compensation — mit zwingender Nothwendigkeit, dass mit gemeinschaftlicher Feststellung des Saldos die accessoria der einzelnen Posten (also auch des rechtlich diesen völlig gleichstehenden „vorgetragenen" Saldos) zu Grunde gehen.

Der Saldo ist sonach nicht, wie das auf pag. 192 Anm. 1 citirte Urtheil unrichtig sich ausdrückt, „der übrig gebliebene Theil der alten Forderung" — auch nicht pro rata parte — sondern der übrig gebliebene Theil der alten einheitlich gemachten Credit-Masse; für letztere aber ist die Sicherheit nicht bestellt worden. Wollte der Gläubiger sich sein Pfand- oder Vorzugsrecht oder seine Bürgschaft für die Einzelposten oder den einzelnen Saldo erhalten, so durfte er diesen besonders gesicherten Einzelposten oder Saldo nicht in den

Es springt nun in's Auge, dass die hier gemachte Unterscheidung ohne jedes Interesse ist, wenn bewiesen werden kann, dass die abgesondert eingeklagte Schuld nicht in den Contocorrent gehört. Bei jeder Contocorrentbeziehung können Geschäfte zwischen den Parteien vorkommen, die, entweder in Folge besonderer Absprache oder ihrer Natur nach, ausserhalb des Nexus bleiben. Dass in diesen Fällen, — welche es sind, ist natürlich quaestio facti — die besondere Einklagung durch Nichts in der Welt gehindert wird, dürfte wohl feststehen. Die Abrechnung kann allein das decken, was zu der Abrechnung gehört. Zu sagen, dass draussen bleibt, was erweisbar nicht dazu gehört, ist eine Trivialität.

Andererseits können bei einer gegenseitigen Geschäftsbeziehung, namentlich wenn sie eine geraume Zeit gedauert hat, Posten vorkommen, von denen es zweifelhaft ist, ob sie als zum Contocorrentnexus gehörig angesehen werden sollen, oder nicht. Und weiter besteht die Möglichkeit, dass die eine Partei jene Posten nach der Abrechnung als zum Contocorrent gehörig betrachtet, während die andere das Entgegengesetzte behauptet. In solchem Falle kann die Beantwortung der soeben gestellten Fragen ihren Nutzen haben.

Die von Bähr hinsichtlich dieses Punktes gegebene Entscheidung befriedigt nur halb. Ueber die Abrechnung im Allgemeinen sprechend sagt er: [1]) „Wo eine eigentliche Abrechnung vorkommt, da werden die Contrahenten regelmässig auch die Absicht haben, deren Wirksamkeit auf ein gewisses negatives Gebiet auszudehnen, dergestalt, dass sie mittelst solcher ein gesammtes Bereich von Obligationsverhältnissen zur Erledigung zu bringen bezwecken, indem sie durch die Abrechnung anerkennen, dass innerhalb dieses Bereichs weitere Forderungen, ausser den verrechneten, nicht zwischen ihnen bestehen. Die Frage, wie der Umfang jenes Be-

(neuen) Contocorrent eintreten lassen. That er dies Angesichts der sonstigen ihm aus dem Contocorrentverhältniss erwachsenden Vortheile dennoch und liess er sich auch nicht eine Sicherheit für den gesammten von ihm gewährten und noch zu gewährenden Credit bestellen (in welchem Falle er jeder Gefahr enthoben wäre), so muss er auch den aus der besonderen Natur des von ihm eingegangenen Vortrages erwachsenden Nachtheil erdulden. — Ich kann daher der Levy'schen Ansicht, welche das Fortbestehen der accessoria auch nach gemeinschaftlicher Feststellung des Saldos annimmt, am besten wohl mit seinen eigenen Worten (p. 188) entgegentreten: „Die Einzelposten sind zu der Bildung des Saldos mitwirkende Factoren, und haben keine andere, als diese specielle Rolle zu erfüllen. Haben sie diesen Dienst geleistet, so sind sie im Saldo aufgegangen, der von da ab ihre Stelle einnimmt."

Die Levy'sche Ansicht wird in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. Juni 1880 (Puchelt's Zeitschrift für franz. Civilrecht Bd. XII) hinsichtlich der accessoria eines vorgetragenen Saldos unter der m. E. unrichtigen Unterstellung gutgeheissen, der Saldovortrag lasse sich „mit den übrigen Contocorrentposten, die von vornherein keinen selbstständigen Character hatten, nicht gleichstellen", in der oben citirten Entscheidung des Reichsgerichts vom 16. Nov. 1880 aber (hinsichtlich eines für einen Einzelposten vorhanden gewesenen Vorzugsrechts) reprobirt. R.

[1]) Anerkennung pag. 242.

reichs sich bestimme, kann mitunter zweifelhaft sein. Es kann dasselbe nach Zeit oder Gegenstand sich begrenzen. Noch häufiger aber wird die Abrechnung die Gesammtheit der beiderseitigen Forderungsverhältnisse als das durch sie zu erledigende Bereich in's Auge fassen. Hier übt die Abrechnung eine ähnliche Function wie die römische stipulatio Aquiliana und die an diese geknüpfte Acceptilation. [1]) Jene Absicht kann mit ausdrücklichen Worten erklärt werden, z. B. die Contrahenten: „bescheinigen, dass sie sonstige An- und Gegenforderungen wider einander nicht haben." Sie kann aber auch stillschweigend hervortreten. Ausdrucksweisen, welche diesen Willen andeuten, sind: die Bezeichnung der Abrechnung als einer „Hauptabrechnung", die Bemerkung dass nur noch eine oder die andere, nicht in die Abrechnung aufgenommene, Schuld neben dieser vorbehalten bleibe." Eine gewisse Neigung, der Abrechnung, auch wo die Parteien geschwiegen haben, die negative Bedeutung regelmässig zuzuerkennen, ist in dieser Vorstellung unverkennbar. Mit Beziehung auf die Saldofeststellung kraft Contocorrents, drückt sich Bähr entschiedener aus: [2]) „Diese formale Feststellung erfasst die Rechnung nicht allein in ihrem positiven, sondern auch in ihrem negativen Bestande; d. h. es wird damit anerkannt, dass ausser den in Rechnung gebrachten, weitere Ansprüche aus der betreffenden Zeit nicht bestehen."

Gleicher Ansicht ist Regelsberger. Bei der Besprechung des hier erwähnten Punktes geht auch er im Princip von dem id quod actum est aus, mit Verwerfung jeder absoluten Regel. Gerade aber bei der Abrechnung auf Grund eines Contocorrentvertrages meint er, dass die negative Bedeutung immer vorhanden sei. Sie „gilt", sagt er, [3]) „allerdings für den Fall, da die Parteien nachweisbar durch die Abrechnung ihre gesammten obligatorischen Verhältnisse feststellen wollten. Diese Bedeutung ist dem Contocorrent beizulegen; die Kaufleute wollen dadurch für die letztvergangene Periode ihren ganzen Geschäftsverkehr zum Abschluss bringen."

Namentlich für unsern Gegenstand können wir wohl den ersterwähnten schwächeren, nicht aber den letzterwähnten stärkeren Satz unterschreiben. Die negative Bedeutung der Saldofeststellung ergibt sich aus der Auffassung, dass damit Alles, also auch die besonders eingeklagte Forderung verrechnet sei. Wer im Handel auf diese totale Verrechnung sich beruft, soll sie u. E. zu beweisen haben. Bleiben aber Zweifel in dieser Hinsicht, so möchten wir den Vorzug der Ansicht geben, welche in diesem Falle das Recht einräumt, die besondere Forderung einzuklagen, um der Gefahr zu entgehen, dass ein Erlass angenommen wird, wo er nicht besteht (art. 1474 des Bürgerl. Gesetzb.). [a])

[1]) Quidquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet, oportebit etc.; § 2, J. 3. 29 u. l. 18, § 1 D. 46. 4.

[2]) a. a. O. pag. 254.

[3]) a. a. O. pag. 176.

[a]) Der art. 1474 des niederl. bürgerl. Gesetzbuchs lautet: „De kwijtschelding

In der That löst sich der ganze hier angedeutete Streitpunkt in die Frage auf, ob man, wo bestimmte Kennzeichen für die Absicht der Parteien fehlen, mehr oder weniger der Vermuthung Raum geben soll, dass die Ausschliessung anderer Schulden beabsichtigt ist. Jeder Schriftsteller, der eine Regel aufstellt, führt unmittelbar darauf, gleichsam in einem Athem, die Ausnahme an. Bei der Beurtheilung eines concreten Falles kommt es also nur darauf an, ob man den Nachdruck auf die Regel, oder auf die Ausnahme legen will. So sagt Brinkmann: [1]) „Da der Kontokorrentabschluss nach der vermuthlichen Absicht der Betheiligten den Zweck hat, ihre aus dem Kontokorrentverhältniss hervorgegangenen Rechtsbeziehungen umfassend und definitiv zu ordnen, so bestehen insoweit daneben keine getrennt einklagbaren Einzelforderungen mehr", und unmittelbar darauf: „Dies hindert natürlich nicht, dass besonders geartete Einzelforderungen bestehen, welche nach der erkennbaren Absicht der Betheiligten gar nicht in die Kontokorrentrechnung gehören."

Fassen wir Alles zusammen, so glauben wir, dass man hinsichtlich der Annahme eines beabsichtigten Schuldausschlusses mit der äussersten Behutsamkeit zu Werke gehen muss. [2]) Scharfe Principien können keinenfalls zur Richtschnur genommen werden. So erscheint uns denn die An-

eener schuld wordt niet verondersteld, maar moet bewezen worden". (Der Erlass einer Schuld wird nicht vermuthet, sondern muss bewiesen werden.)

[1]) Handelsr. pag. 506 u. Anm. 27.

[2]) Eine merkwürdige Entscheidung hinsichtlich zweifelhafter und sehr verdächtiger Thatsachen gab das Bezirksgericht Amsterdam am 13. März 1867, R. Beibl. XVII. pag. 681:

„In Erw. ad secundum, dass zwischen den Parteien feststeht, dass sie während einiger Jahre Geschäfte mit einander abgeschlossen haben, die zu einem Contocorrentverhältniss geführt haben; dass die Rechnung im April unter gegenseitiger Zustimmung mit einem Saldo von zum Nachtheil des Beklagten abschloss, und dass er hierfür ein Schuldbekenntniss abgab, wobei er versprach im Laufe des Monats August, zur Minderung des grossen Contocorrent-Saldos, den Kläger X. zu bezahlen (welche Thatsachen also in confesso sind);

dass mithin zwischen ihnen feststeht, dass die Accepte, worauf der Beklagte sich beruft, in die nämliche Zeit gehören und die gleichen Geschäfte betreffen, welche auch der anerkannte Contocorrent umfasst, so dass sie, wenn sie von dem Kläger anerkannt wären, dazu gehört hätten;

dass unter diesen Umständen der Kläger mit Recht behauptet hat, dass die einmal erfolgte Anerkennung alle weiteren Forderungen ausschliesst und vernichtet;

dass die Saldofeststellung eines Contocorrents ein Vertrag ist, welcher bezweckt, das obligatorische Verhältniss zweier Personen mit Beziehung auf eine Reihe von Geschäften zur Klarheit zu bringen, und dass diese Saldoanerkennung feststeht, solange nicht deren Vernichtung auf Grund von Zwang, Irrthum oder Betrug verlangt wird;

dass eine solche Vernichtung nicht gefordert ist, auch keine Thatsachen angegeben sind, welche dazu führen könnten;

dass in casu eine solche Entscheidung auch nicht der Billigkeit widerstreitet, da sowohl der Umstand, dass der Beklagte, obwohl dazu aufgefordert, seine Bücher nicht producirt hat, als die Unwahrscheinlichkeit seiner Behauptung, er habe nach Anerkennung der Rechnung sich in contumaciam verurtheilen lassen, nachdem er telegraphirt: „Schiebt die Sache auf, macht mich nicht unglücklich, schreibt, wann sprechen", und sei nach erfolgter Ladung erst später auf die Idee gekommen,

sicht Endemann's entweder als ein truism, oder vollständig unhaltbar. „Daher wird die Frage wichtig, sagt er, ob in dubio alle Geschäftsbeziehungen in der Kontokorrentrechnung ausgeglichen werden sollen. Alsdann macht der anerkannte Saldo dergestalt reine Bahn, dass ein älterer Posten überhaupt nicht mehr Gehör findet. Und dass dies der eigentliche Zweck ist, sagt das Bewusstsein des Handelsverkehrs entschieden." [a])

Die Frage ist: was wird hier unter den Worten: „ein älterer Posten" verstanden? Wird gemeint ein Posten, wovon es sicher ist, dass er in den Contocorrentnexus gehört, aber zweifelhaft, ob er verrechnet ist? In diesem Falle steht Nichts in der Welt fester, als das Bewusstsein, worauf sich der Schriftsteller beruft. Bliebe auch hier noch Raum für die Annahme, dass die Abrechnung auch diesen Posten nicht umfasste, so könnte der Handel wohl beständig abrechnen oder lieber die ganze Operation sein lassen. Mit der letzteren aber wird doch jedenfalls ein Abschluss der Geschäftsbeziehung für eine bestimmte Periode beabsichtigt. Stünde man trotzdem vor der Möglichkeit, dass die eben erst geschlossene Thüre wieder geöffnet wird, so hätte man sich die Mühe sparen können. [b])

Man kann also keinen Zweifel an der Verrechnung hegen, wo die Thatsache feststeht, dass der Contocorrentnexus auch den fraglichen „älteren Posten" umfasst. Die letztere Gewissheit lässt den ersteren Zweifel ab ovo nicht aufkommen. Wer in diesem Falle auf eine bestehende Schuld sich beruft, muss mehr thun, als sie glaubhaft machen, er muss sie voll beweisen. Dieser Fall ist aber nicht der unsrige. Wenn es ungewiss ist, ob der Posten in die Rechnung gehört, kann man zweifeln, ob auch dieser Posten für in der Rechnung inbegriffen angesehen werden muss. Wenn diese Ungewissheit besteht, scheint uns die Zeit,

dass er Gläubiger anstatt Schuldner sei, die Angabe des Klägers bestärken, dass dergleichen von ihm girirte Accepte des Beklagten nicht von ihm gebucht wurden, wenn sie geregelt abliefen, und nur dann auf der Rechnung vorkommen, wenn er sie bezahlen musste, in welchem Falle auch die Debetseite damit übereinstimmende Posten zeigt."

[1]) Handelsr. pag. 702, Anm. 19.

[a]) Vergl. Grünhut a. a. O. „. . im Zweifel ist im Contocorrentverkehre anzunehmen, dass für die abgelaufene Rechnungsperiode Alles verrechnet sei."

[b]) Vergl. Urtheil des Reichsoberhandelsgerichts vom 25. Juni 1873 (Entsch. X. pag. 358): „Demnach liegt in der Aufstellung des Contocorrents seitens des Schuldners zugleich die Erklärung, er schulde aus dem zum Grunde liegenden Geschäftsverhältniss nicht mehr, als den sich aus dem Contocorrent ergebenden Saldo und mit der Tilgung desselben von seiner Seite solle der andere Theil wegen aller seiner in das Contocorrentverhältniss fallenden Ansprüche befriedigt sein. Eben deshalb erklärt aber auch Derjenige, welcher das behufs der Tilgung eines solchen Saldos ihm Gegebene in Empfang nimmt und darüber quittirt, sein Schuldner sei nicht nur in Höhe des gegebenen Betrages von seinen Verbindlichkeiten liberirt, sondern er sei in Ansehung der dem Contocorrent zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse überhaupt liberirt und schulde aus demselben nichts mehr. Die Quittung über den Saldo enthält an sich zugleich eine stillschweigende Anerkennung, dass der andere Theil Nichts mehr schulde, einen Verzicht auf weitere Ansprüche aus dem Contocorrentverhältnisse."

in welcher der Posten entstand, nicht entscheidend. Wir möchten alsdann wohl weniger schnell mit einer Berufung auf den Zweck des Handels bei der Hand sein, um, wie man sagt, reinen Tisch zu machen. Hier muss die negative Bedeutung der Abrechnung nicht nur behauptet, sondern auch bewiesen werden. [1])

Erhellt es aber in der That, dass die Abrechnung auch die Forderung, die man besonders geltend machen wollte, umfasste, so ist

[1]) Aus diesen Gründen können wir den beiden folgenden Entscheidungen nicht zustimmen:

Urtheil des Oberappell. Ger. Lübeck v. 20. Nov. 1834 (Seuff. Archiv IV, No. 220). „Die Abrechnung über ein kaufmännisches Geschäft muss sämmtliche auf dasselbe bezügliche Ansprüche umfassen, so dass die darin nicht aufgeführten Ansprüche als nicht vorhanden anzusehen sind, sofern nicht eine unbedachte Auslassung oder ein wirklicher Irrthum dabei zu Grunde liegt.“

Urtheil des Oberappell.-Ger. Dresden v. 26. Sept. 1861, (Seuff. Arch. XV, No. 194): „Die Abrechnung, wobei Gläubiger und Schuldner das dem Einen oder Andern von ihnen zukommende Guthaben in bestimmten Summen feststellen, hat zunächst nur eine obligatorische Wirkung, indem die Parteien die zur Berechnung gekommenen Posten und das festgestellte Guthaben als richtig anerkennen. Die Abrechnung bezieht sich daher im Zweifel nicht auf andere als die erwähnten Forderungen, und steht daher der rechtlichen Verfolgung von Ansprüchen, welche bei der Berechnung nicht berücksichtigt worden sind, nichts entgegen. Eine Ausnahme tritt jedoch dann ein, wenn aus den Umständen, unter denen das Abrechnungsgeschäft zu Stande gekommen ist, sich ergibt, dass die Parteien beabsichtigt haben, entweder die sämmtlichen zur Zeit der Abrechnung zwischen ihnen bestandenen Forderungs- und Schuldverhältnisse oder wenigstens eine dem Gegenstande oder der Zeit nach genau bestimmte Gattung von Obligationsverhältnissen durch die Abrechnung selbst abzumachen und zu erledigen. Eine solche Absicht der Parteien ist aber nicht nur bei der kaufmännischen Saldoziehung, welche den Zweck hat, alle in dem betreffenden Jahre aus dem Handelsverkehr zwischen zwei Kaufleuten entstandenen Obligationsverhältnisse zu umfassen, sondern auch bei solchen Abrechnungen anzunehmen, welche schon aus ihrer Bezeichnung als Haupt- oder Schlussabrechnung, den Entschluss der Parteien kundgeben, die sämmtlichen gegenseitigen Ansprüche durch Feststellung eines bestimmten Saldos für den einen oder andern Theil zu erledigen.“

Hingegen sind wir durchaus mit folgenden Entscheidungen einverstanden:

Urtheil des Hofgerichts Wiesbaden 1860 (Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XV, p. 562): „Die Behauptung, eine Forderung sei durch Abrechnung getilgt, würde bei mangelnder Angabe der Zeit und des Gegenstandes der Abrechnung nicht als begründete Einrede angesehen werden können.“

Urtheil des Appell.-Hofs in Nord.-Holland v. 18. Febr. 1869, M. v. H. XI, 1869 p. 5 Rechtsspr.: „In Erw. dass die Appellanten behauptet haben, dass, wenn die Appellaten eine Forderung gehabt hätten, diese jedenfalls dadurch untergegangen wäre, dass die Appellaten mit den Appellanten abgerechnet, und den ihnen zukommenden Saldo von den Appellanten empfangen haben — post alia.

In Erw. dass, obschon der Abschluss eines Contocorrents unter Kaufleuten den Zweck hat, die gegenseitigen Forderungen zu erledigen, diese Erledigung aber nicht per se nothwendig mit sich bringt, dass damit Alles, was zwischen den Parteien schwebte, als ausgeglichen zu betrachten, und jede nicht in der Rechnung benannte Forderung als durch Quittirung vernichtet anzusehen wäre;

In Erw. dass solches allein der Fall ist, wenn entweder die Parteien ausdrücklich erklärt haben, dass sie eine Endabrechnung alles dessen beabsichtigten, was sie für und wider zu fordern haben ohne einen Vorbehalt zu machen, oder diese Absicht aus Thatsachen herzuleiten ist, die als genügende Vermuthungen nach art. 1959 des bürgerl. Gesetzbuchs gelten können.“

diese damit doch noch nicht rettungslos verloren. Die Lage desjenigen, der trotzdem jene Forderung einklagen wollte, wäre nur bedeutend erschwert. Er würde nämlich condictione indebiti zu Werke gehen, und deshalb nachweisen müssen, dass seine frühere Zustimmung in die Verrechnung der Forderung die Folge eines entschuldbaren Irrthums gewesen ist. In diesem Punkte gehen wir ganz mit Bähr [1]) und Regelsberger [2]) einig.

§ 41. Feststellung des Saldos. Abrechnung.

h. Rechtsfolgen.

Die Rechtsfolge der Feststellung des Saldos ist, dass die Partei, von der die Anerkennung ausging, ausschliesslich auf Grund dieser Anerkennung verpflichtet ist. Wird sie auf Bezahlung des anerkannten Saldos eingeklagt, so hat sie, wenn sie ihre Verpflichtung bestreiten will, die von uns schon angegebene Beweislast zu übernehmen. Mag der Beklagte seine Anerkennung als Ganzes bestreiten, oder behaupten, dass einige Posten mit Unrecht als Factoren des Endsaldos betrachtet worden sind, immer bleibt ihm kein anderes Rechtsmittel als die condictio indebiti übrig. Abgesehen natürlich von einer Berufung auf dolus, metus, vis, oder dem Aehnliches muss entschuldbarer Irrthum das A. und Z. seiner Behauptung sein. Einfacher Gegenbeweis würde daher dem Beklagten nichts nützen, und sein eventuelles Anerbieten desselben eine Verurtheilung nicht hindern. [3])

Wie weit reicht aber der Begriff der Entschuldbarkeit des Irrthums? Dass die in den Quellen zwischen error juris und error facti gezogene Grenzlinie keinen Massstab bei der condictio indebiti gibt, haben wir bereits gezeigt. [4]) Damit ist aber zugleich die Beurtheilung der Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit allein dem richterlichen arbitrium überlassen. [a]) Der Richter wird sowohl auf die Natur der Thatsachen, als auf die gesellschaftliche Stellung der Personen Rücksicht nehmen können. Vom kaufmännischen Gesichtspunkte aus scheint uns auch jetzt

[1]) a. a. O. p. 243: „Soweit nun der Abrechnung jene Wirkung zukommt, ergibt sich als Folgerung, dass selbst neue Forderungen, welche dem Gebiete der Abrechnung angehören würden, nicht anders, als nach den Grundsätzen der cond. indebiti geltend zu machen stehen.“

[2]) a. a. O. p. 177: „Soweit nun einer Forderung oder Zahlung das negative Anerkenntniss aus dem Abrechnungsvertrag entgegensteht, ist sie der späteren Geltendmachung nicht unbedingt entrückt; aber es kann ihr eine Berücksichtigung nur zu Theil werden, wenn die betreffende Partei darzuthun vermag, dass ihr jener Posten bei der Abrechnung in entschuldbarer Weise entgangen sei“

[3]) Brinkmann a. a. O. p. 507. „Der Saldo kann nicht mehr wegen materieller Unrichtigkeit der vorausgegangenen Posten allein, sondern nur durch Darlegung eines entschuldbaren Irrthums bei dem Abrechnungsgeschäft angefochten werden.“

[4]) Vgl. § 14 in dem hier nicht abgedruckten allgemeinen Theile.

[a]) Nach neueren Gesetzgebungen (vergl. Grünhut a a. O. p. 510, Anm. 133) wird nicht einmal Entschuldbarkeit des Irrthums gefordert.

noch diejenige Richtschnur am richtigsten zu sein, welche Labeo gezogen hat in der

l. 9 § 2 D. 22. 6. Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur; quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam, verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit.

Dass aber die Entschuldbarkeit des Irrthums bei unserm Gegenstand allerdings ein Element der richterlichen Cognition ausmachen muss, beweist der folgende Fall.[1]) Jemand stellt eine Klage auf Zahlung eines anerkannten Contocorrentsaldos an. Der Beklagte erwidert, dass der erste Posten der (in lite vorgelegten) Rechnung unbegründet sei. Jener Posten nämlich war in seinem ganzen Betrage eingestellt, während der Kläger viel früher einem Accorde von 75% hinsichtlich dieses Betrages zugestimmt hatte.

In allen drei Instanzen wurde diese Einrede verworfen. Das Oberappellationsgericht zu Cassel entschied in dieser Hinsicht: „dass nun, soviel den vorliegenden Fall betrifft, Appellant in dem Schreiben — den Appellaten eröffnet, dass er die ihm überschickte Berechnung richtig befunden und den Saldo zu Gunsten der Appellaten gleichlautend „vorgetragen“ habe; hierin aber eine Anerkennung dieses Saldos ganz unzweifelhaft zu finden ist, und die Einrede des Appellanten, dass dieser Saldo sich auf eine Berechnung gründe, in welcher ihm der Betrag einer durch einen vorausgegangenen Nachlassvertrag getilgten Schuld mit — — rechtswidrig zur Last gesetzt worden sei, deshalb als faktisch begründet nicht angesehen werden kann, weil er nicht zugleich behauptet hat, dass ihm damals, als er den Saldo anerkannte, die Tilgung jener Schuld unbekannt gewesen sei.“

Einen andern höchst merkwürdigen Fall entlehnen wir einem kurzen Aufsatze von Dr. Wolff über unsern Gegenstand.[2]) Zum Beweise, wie sehr es auf die Entschuldbarkeit des Irrthums ankomme, theilt er folgende Thatsachen mit:

„Von diesen Grundsätzen ausgehend, hat denn auch kürzlich das Stadtgericht in Frankfurt a./M. die Anfechtung der Anerkennung eines Contocorrents für unzulässig erklärt. Der Schuldner hatte hier gegenüber einem von ihm herrührenden Briefe, in welchem die unbedingte Anerkennung des ihm von seinem Gläubiger ertheilten Contocorrents aus-

[1]) Er ist entnommen aus (Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, mit Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Cassel VIII pag. 107, No. 22.

[2]) Die Wirkung der Anerkennung eines Contocorrents in Busch's Archiv (1867) XI p. 80. Der Zweck des Schriftstellers ist nachzuweisen, dass auch gemäss art 294 A. D. H. G. Irrthum an sich kein genügender Grund zur Bestreitung einer Schuldanerkennung (Schulderneuung) ist.

gesprochen war, geltend gemacht, dass ein rechtsgültiges Anerkenntniss darum nicht vorliege, weil der fragliche Brief geschrieben worden, noch ehe der betreffende Contocorrent in seinem Besitze gewesen sei. Sein Gläubiger habe ihm nämlich angegeben, dass sich bei dem Rechnungsabschlusse ein Saldo zu seinen Lasten in dem Betrage, wie ihn der Brief ergebe, herausstelle, und hierüber eine schriftliche Anerkennung verlangt, ja sein Gläubiger habe den fraglichen Brief selbst aufgesetzt. Auf das Drängen dieses Letzteren habe er sich veranlasst gesehen, und in der gutgläubigen Unterstellung, dass die Angaben desselben in Wahrheit begründet seien, die verlangte briefliche Anerkennung zu geben. Nachdem er aber den Contocorrent in Händen bekommen, habe er sich bei genauer Prüfung überzeugt, dass derselbe verschiedene Unrichtigkeiten enthalte, und dass er in demselben benachtheiligt sei.

Das Stadtgericht sprach sich indessen dahin aus:

a. „Dass der Gläubiger damit, dass er seinen Schuldner zur Anerkennung des von ihm angegebenen Guthabens veranlasste, sich eines dolus schuldig gemacht habe, hat Letzterer selbst nicht behauptet. Es kann also b. nur angenommen werden, dass der Schuldner mit dem von ihm angegebenen Sachverhalt begründen wollte, dass die Anerkennung des fraglichen Contocorrents aus Irrthum erfolgt sei. Aber in diesem Falle steht dann auch fest, dass der geltend gemachte Irrthum nicht als ein entschuldbarer Irrthum betrachtet werden kann. Das ganz unkaufmännische Verfahren, einen Contocorrent anzuerkennen, ohne denselben d. i. die specificirte Abrechnung, gesehen und geprüft zu haben, kann nicht anders denn als eine crassa negligentia bezeichnet werden, durch welcher jeder Anspruch auf Anfechtung wegen Irrthums verwirkt wurde.“

Auf einen anerkannten Saldo zurückzukommen, ist demnach schwierig, aber mit Gründen, welche dem materiellen Rechte entlehnt sind, nicht unmöglich.

Aus diesem Grunde scheinen mir zwei bei uns erlassene Entscheidungen zu weit zu gehen. Wir meinen zunächst ein Urtheil des Bezirksgerichts Leeuwarden v. 18. März 1851, [1]) welches die richtigen Grenzen aus den Augen verliert:

„In Erw., dass der Beklagte durch die Anerkennung des Contocorrents seitens der Kläger und durch die seitens der Kläger oder in deren Namen erfolgte Zahlung des letzten zu seinen Gunsten lautenden Contocorrentsaldos, wie oben erwähnt, völlig dechargirt ist, und dass damit alle Geschäfte zwischen den Parteien definitiv ausgeglichen sind, dass jedoch den Klägern unverkürzt das Recht bleibt, Rectification auf Grund von Rechnungsfehlern, Weglassungen, oder falschen oder doppelt eingestellten Posten zu verlangen, wenn nämlich in casu Gründe dazu vorhanden sein sollten.“

[1]) W. v't. R. No. 1221.

Ferner ein Urtheil des Bezirksgerichts Rotterdam v. 13. Febr. 1861, [1]) worin ganz einfach angenommen wird, dass auf Alles, was einem anerkannten Saldo vorausgeht, nicht mehr zurückgekommen werden könne.

Dass ein einfacher Rechnungsfehler oder derartige materielle Fehler, wie sie das ersterwähnte Urtheil des Bezirksgerichts zu Leeuwarden im Auge hat, der Categorie der entschuldbaren Irrthümer beigezählt werden müssen, darf im Princip als unzweifelhaft angesehen werden. Es wird dies bereits von Altersher gelehrt nach der

l. un. C. de errore calculi 2. 5. Errorem calculi, sive ex uno contractu, sive ex pluribus emerserit, veritati non afferre praejudicium saepe constitutum est, unde rationes etiam saepe computatas denuo retractari posse, si res judicatae non sunt vel transactio non intervenit, explorati juris est. Sed et si per errorem calculi velut debitam quantitatem, quum esset indebita, promisisti, condictio liberationis tibi competit."

Auch hier dürfte jedoch einige Vorsicht zu brauchen und nicht selten scharfes Zusehen zu verlangen sein. „Auch die Erhebung von Nachforderungen", sagt Bähr, [2]) wird daher nur auf Grund entschuldbaren Irrthums geschehen können; wenn gleich ein solcher schon dann anzunehmen sein wird, wenn nachzuweisen steht, dass ein Posten zufolge ungenauer Buchführung, eines Abschriftfehlers u. s. w. ausgelassen ist. Wollte dagegen z. B. ein Banquier eine angesetzte Coursdifferenz, berechnete Spesen u. s. w. nachträglich als zu gering angegeben anfechten, oder mittelst einer ihm günstigeren Art der Zinsberechnung Nachforderungen erheben, so wird ihm in der Regel der Saldoabschluss entgegen stehen. Er musste das früher wissen."

Dieser Unterscheidung können wir vollkommen zustimmen. Dagegen glauben wir uns bestimmt gegen die Bedeutung aussprechen zu müssen, welche Endemann der bekanntlich am Fusse des Contocorrents gewöhnlich angebrachten Clausel S(alvo) E(rrore) et O(missione) beilegt.

Im Allgemeinen lässt dieser Schriftsteller nur ungern Einwendungen gegen den anerkannten Saldo zu. Allerdings geht auch er aus von der oben aufgestellten Regel: [3]) „Der Saldoabschluss kann nur noch in der Weise, wie andere bindend gewordene Vertragsabschlüsse, also namentlich wegen entschuldbaren Irrthums bei dem Abrechnungsgeschäft angefochten werden." Dies Princip wird aber nicht wenig abgeschwächt, wenn nicht aufgehoben durch eine an anderer Stelle gemachte Zufügung: [4]) „Blosser Rechnungsirrthum gilt an sich der Rüge noch vorbehalten". Man nimmt an, dass sowohl die Rechnungsstellung, wie die Rechnungsbilligung unter diesem Vorbehalte erfolgt. Indessen entstehen sehr leicht grosse Zweifel über die Grenzen blossen Rechnungsirrthums und anderer materiell in den Bestand der Abrechnung eingreifenden Querelen, oder die

[1]) M. v. H. III 1861, p. 215 Rechtsspr.
[2]) Anerkennung pag. 254.
[3]) Handelsr. pag. 702.
[4]) Ibid. pag. 633, Anm. 37.

Geltendmachung von Ansprüchen, die sonst für erledigt gelten müssen. Im Ganzen wird man sagen müssen, dass der Handel gegen nachträgliche Rüge der Rechnung gerade so sehr, wie gegen nachträgliche Rüge einer Zahlung gestimmt ist. Daher denn meist der Drang, die Klausel „Rechnungsirrthum vorbehalten" besonders auszudrücken, wo man sich die Rüge noch offen lassen will."

Wir geben zu, dass es manchmal zweifelhaft sein kann, ob man es mit einem Rechnungsfehler, oder einer materiellen Aenderung zu thun habe. Im Gebrauche der letzterwähnten Clausel können wir aber die Absicht nicht finden, sich spätere Bestreitung vorzubehalten. Daraus würde ja folgen, dass der Mangel der Clausel die Möglichkeit jener Bestreitung etwa ausschliessen könnte. Wir vermögen nun aber nicht einzusehen, warum man eine Anerkennung als unwiderruflich bezeichnen sollte, welche mit Recht auf Grund eines entschuldbaren Irrthums ungeschehen gemacht werden kann.

Wo das materielle Recht ein Mittel gibt, das sine causa datum zu redressiren, darf ein gleiches Mittel bei dem sine causa promissum nicht verweigert werden.

Andererseits gibt die erwähnte Clausel keinen Freibrief, um, trotz der Anerkennung die Rechnung bestreiten zu können, ohne den Weg der condictio indebiti einschlagen zu müssen. Diese Auffassung würde zu milde sein, wie die von Endemann zu strenge ist. Wenn der, welcher anerkennt, in demselben Athem einen Vorbehalt hinzufügen kann, welcher kräftig genug ist, um seine ganze Anerkennung zu Nichte zu machen, so hat er zwei Handlungen vorgenommen, die einander aufheben.

Diese Annahme scheint uns mit der Ehre des Handels unvereinbar, wenn man nicht annehmen will, dass Kaufleute, welche in Contocorrentverhältniss stehen, an solchen jeux innocents Behagen finden. Wir können daher dem folgenden Urtheil des Bezirksgerichts Amsterdam v. 12. Nov. 1868[1]) nicht beistimmen: „dass die Kläger, welche ihre Rechnung, was der Beklagte zugesteht, S. E. et O. abgegeben haben, sich damit offenbar das Recht vorbehalten haben, auf die Rechnung zurück zu kommen;

In Erw. dass der Beklagte zwar behauptet hat, dass jene Worte nach der Usance unter jede Abrechnung und zwar seiner Ansicht nach mit dem Zwecke gesetzt zu werden pflegen, um sich vor der Präjudicirung durch Rechnungsirrthümer und dergleichen zu schützen, dass es ihm jedoch nicht gelungen ist, die Folge oder die Kraft dieser Usance zu beweisen."[2])

[1]) Rechtsgel. Beibl. 1869 pag. 235.

[2]) Eine gleiche Doctrin findet sich in einem Urtheil des Appellhofs Drenthe v. 14. Dec. 1872 W. v't R. (no 3557). „In Erw.: dass dem Saldo, womit der oben erwähnte Contocorrent abschliesst, immer der mit dem Buchstaben S. E. et O. angedeutete Vorbehalt zugefügt wurde: Salvo errore et omissione; dass dieser Vorbehalt mit demjenigen übereinstimmt. welcher im zweiten Theil des art. 780

Die Wahrheit scheint uns in der Mitte zu liegen. Mit Bähr[1]) und Regelsberger[2]) sehen wir in jener Clausel eine Formel, welche man nach Belieben aufnehmen oder weglassen kann, welche aber den Rechtszustand der Parteien in keiner Weise ändert.

Es ist gewiss nicht schwer zu beweisen, dass die Usance, jene Clausel bei dem Contocorrent anzubringen, besteht. Nicht so sehr die „Folge und Kraft dieser Usance", als der Rechtslehre über die stipulatio debiti ist es, dass die Thatsache der Anerkennung der processualischen Bestreitung nur vermittelst der condicto indebiti unterliegt. Diese Folge aber würde die Saldoanerkennung auch dann haben, wenn Niemand die Buchstaben S. E. et O. unter seinen Contocorrent setzte. Diese Folge wird dadurch nicht verändert, dass Jeder sie darunter setzt. [3]) [a])

§ 42. Contocorrent-Klage.

Die Klage aus dem Contocorrent geht auf Zahlung des Saldos. Der auf gegenseitige Kreditgewährung gerichtete Vertrag hat zum Zwecke, beide Parteien für eine gewisse Zeit der Nothwendigkeit zu entheben, die gegenseitigen Forderungen zu zahlen. Ist diese Zeit verstrichen, so muss die Verrechnung Platz greifen, und entsteht zugleich das Recht auf Zahlung des Saldos. Jede Partei ist verpflichtet, selbst zu untersuchen, wie die gegenseitigen Forderungen stehen. Keine derselben steht zur anderen in einem abrechnungspflichtigen Verhältniss. So wenig der Käufer einer Sache verpflichtet ist, durch Angabe des bedungenen Preises den Verkäufer in den Stand zu setzen, ex vendito zu agiren, so wenig kann die Gegenpartei von dem, welchem ein Saldo zukommt, genöthigt werden, ihm Baumaterial zu seiner Klage zu liefern.

In beiden Fällen haben die Parteien einen zweiseitigen Vertrag eingegangen. In beiden Fällen müssen sie wissen, wie derselbe zu er-

der bürgerl. Proc.-O. von dem Gesetzgeber aufgestellt und von den Parteien auch beabsichtigt ist, hinsichtlich der Verbesserungen von Rechnungsfehlern, Weglassungen und doppelten Buchungen, welcher Vorbehalt auch auf früheren Contocorrenten gewöhnlich am Schlusse angebracht wurde, und dass aus diesem Grunde auch in casu besagter art. 780 durchaus für anwendbar erachtet werden muss."

[1]) a. a. O. pag. 254 Anm. 3. „Auch die in Contocorrenten übliche Clausel „Irrthum vorbehalten," bedeutet nur, was sich gesetzlich von selbst versteht."

[2]) a. a. O. pag. 172 Anm. 13. In Abrechnungsurkunden findet sich nicht selten der Beisatz „Irrthum vorbehalten" oder eine ähnliche Bemerkung, in kaufmännischen Contocorrents die Buchstaben S. E. et. O. Ob ein solchet Zusatz vorhanden ist oder nicht, hat auf die rechtliche Beurtheilung keinen Einfluss. Aus der Aufnahme desselben darf namentlich nicht die Befugniss jedes Theils abgeleitet werden, gegen die sonstigen Grundsätze über die Anfechtung den geschlossenen Abrechnungsvertrag umzustossen."

[3]) Vergl. Urtheil des O. A. G. Cassel (Pfeiffer a. a. O. pag. 103 No. 19) und Urtheil des R. O. H. G. v. 8. Nov. 1871 (Entsch III pag. 426.)

[a]) Die Ausführungen des Verfassers über die Bedeutung der Clausel s. e. et o. habe ich wesentlich kürzen zu sollen geglaubt, weil hierüber, wenigstens in Deutschland, kaum ein Streit mehr besteht, cf. Urtheil des R. O. H. G. v. 8. Nov. 1873 (XI pag. 276) Grünhut a. a. O. pag. 250.

füllen ist, um wenn nöthig rechtlichen Zwang zu dessen Erfüllung anzurufen. Dass im ersten Fall ein Geschäft abgeschlossen ist, im zweiten Fall ein Complex von solchen, ändert an der Natur des Verhältnisses nichts Wesentliches. Dass, wo ein Contocorrentverhältniss besteht, von Beiden gerechnet und die Rechnung abgeschlossen werden muss, ist die einfache und natürliche Folge dieses speciellen faktischen Verhältnisses. Wer sich in dies Verhältniss einlässt, kann und muss das wissen. Versäumt er seine Pflicht, so existirt kein Grund, von dem Gegner später die Aufklärung zu verlangen, die er sich selber hätte schaffen können. Dieser kann, wenn er Schuldner ist, ihm Aufklärung geben, wenn es ihm gefällt; aber er braucht es nicht.

Aus diesem u. E. funtamentalen Grundsatze folgt, dass der ganze fünfte Titel des dritten Buches der niederl. bürgerl. Prozessordnung (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) mit der Materie des Contocorrents Nichts zu thun hat. Weder die Klage auf Rechnungsablage (art. 771), noch die auf Rechnungsabnahme (art. 782) ist auf das Contocorrentverhältniss anwendbar. Jene Gesetzvorschriften beziehen sich allein auf Abrechnungspflichtige, und dieses erste Erforderniss fehlt hier ganz.

Auch zu einer analogen Anwendung darf man sich keineswegs verleiten lassen.[1]) Processualische Regeln unterliegen einer stricta interpretatio. Wo das Gesetz für einen bestimmten Fall eine bestimmte Form fordert, schliesst es letztere in jeder anderen Hinsicht aus. Keine einzige der Bestimmungen in dem soeben erwähnten Titel ist also für unseren Gegenstand brauchbar. Wer sich darauf berufen wollte, würde mit der Regel abgewiesen werden: Haec actio tibi non competit.

Die Klage auf Grund eines Contocorrents kann in zweifacher Weise erhoben werden. Der dem Kläger zukommende Saldo kann anerkannt sein oder nicht. Im ersten Falle stützt sich seine Klage ausschliesslich auf den anerkannten Saldo. Ob diese Anerkennung mündlich oder schriftlich, am Fusse der Rechnung oder besonders, z. B. in einem Briefe, gegeben ist, thut nichts zur Sache.[2]) Wenn das Quantum der Verrech-

[1]) Auch aus diesem Grunde scheint uns die Motivirung des Urtheils des Bezirksgerichts Leeuwarden v. 18. März 1851 (welches wir oben pag. 202 erwähnten) unrichtig zu sein.

[2]) Mit Recht ist so in einem Urtheil des Bezirksgerichts zu Leiden v. 8. Mai 1848 (W. v't R. No. 1020) entschieden: „In Erw. dass allerdings der Contocorrent, auf Grund dessen geklagt wird, als von dem Beklagten nicht unterzeichnet, an und für sich nicht beweisend ist, dass aber der Contocorrent mit einem Debetsaldo des Beklagten aus voriger Rechnung von . . . beginnt, und dieser Posten völlig bewiesen ist, wie aus dem vorigen, von dem Beklagten unterschriebenen Contocorrent vom 1. Juli 1846 sich ergibt; dass die Unterzeichnung beider Parteien unter dieser Rechnung wohl nichts Anderes bedeuten kann, als dass dieselbe von ihnen anerkannt wird, und art. 1915 des bürgerl. Gesetzbuchs hierauf nicht anwendbar ist, da hier nicht eine einfache, einseitige Schuldverpflichtung besteht, sondern eine im Interesse beider Parteien vollzogene und beide gegenseitig verpflichtende Abrechnung, während, wenn es anders wäre, die Unterzeichnung des Beklagten denn doch als „Anfang eines schriftlichen Beweises“ gegen ihn gelten müsste.“

nung und die Thatsache der Anerkennung in confesso ist, muss, es sei denn, der Beklagte hätte gegen das Ganze oder gegen Theile die condictio indebiti erhoben, Verurtheilung erfolgen. Auf diesem ruht daher die volle Beweislast und zugleich die Verpflichtung, Alles vorzubringen, was dazu dienen kann, seinen Einwand zu stützen. Ist dagegen der Saldo nicht anerkannt, so muss der Kläger seine Forderung auf den Contocorrent im Ganzen stützen. Diese seine Verpflichtung ergibt sich nicht aus der Unterstellung seiner Abrechnungspflichtigkeit gegenüber dem Beklagten. Man würde eben so gut sagen können, dass der, welcher Räumung eines vermietheten Pfandobjekts fordert, also die Beweismittel, den Gegenstand und den Klagantrag anzugeben hat, deshalb abrechnungspflichtig sei: Die Vorlegung des Contocorrents in seinem Ganzen ist die Folge der processualen Lage des Klägers, welche mit sich bringt, dass dem Richter der chronologische Verlauf der Thatsachen, worauf sich die Klage stützt, mitgetheilt werden muss. Der Streit, der nun folgen kann, hat wiederum mit dem eigentlichen Rechnungsprozess (art. 771 der niederl. bürgerl. Proz.-O.) nichts als den Namen gemein. Ist des Beklagten Anerkennung aller oder einzelner Posten beweisbar [1]), so kann er auch hier nur condictione indebiti dagegen ankommen. Ist sie es nicht, so wird der Kläger zum Zweck des Aufbaus seines Saldos die Posten, die dazu geführt haben, durch alle rechtlichen Mittel zn beweisen haben. [2]) Zieht es der Beklagte, (welcher nicht anerkannt hat) vor, auch in judicio ganz passiv zu bleiben und sich hinter einer allgemeinen Negation zu verschanzen, so kann er dies ruhig thun. Die Regel: negantis nulla est probatio muss nun einmal — sie kann nicht anders — auch den Chicaneur in Schutz nehmen. Aber der Kläger, der sich zur Beweisführung bereit erklärt, muss immer gehört werden. Wie und was er beweist, ist seine Sache, wie das ganze Verfahren periculo petentis geht. Dass die Rechnung lang, mithin verwickelt, die Zeitdauer nicht kurz, der Beweis nicht angenehm ist, dies Alles bleibt ausser Betracht. Keiner dieser Umstände kann dem Kläger das Recht verkürzen, zu beweisen, was nach seiner Behauptung der Beklagte ihm auf Grund des Vertrags schuldig ist.

Wir glauben darum auch durchaus anderer Ansicht sein zu müssen, als sie sich in folgendem Urtheil des Bezirksgerichts Amsterdam vom 13. Febr. 1863 ausgesprochen findet: [3])

[1]) Vgl. § 35 oben.

[2]) Mit Recht ist so in einem Urtheil des Bezirksgerichts Mastricht v. 15. Mai 1843 (W. v't R. no 2575) entschieden. Jemand hatte eine Summe Geldes als Schadenersatz für widerrechtliche Handlungen der Gegenparthei ohne Weiteres auf den Contocorrent gebracht. Die Befugniss hierzu wurde einfach abgesprochen;

„In Erw. dass die verschiedenen in einem Contocorrent vorkommenden Posten die Folge einer zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages sind; dass also der, welcher auf den Saldo der Rechnung klagt, zu beweisen hat, dass die einzelnen Posten (Handlungen) ihm kraft des Vertrages geschuldet sind.“

[3]) M. v. H. V 1863 V pag. 38 Rechtsspr.

„In Erw. dass ein Contocorrentsaldo gefordert wird; dass der Beklagte vor Allem behauptet, dass der Contocorrent, auf Grund dessen geklagt wird, den wahren Stand der Dinge und aller zwischen den Parteien geschlossenen Geschäfte nicht darstelle, und dann in einem besonderen Falle behauptet, dass eine am 16. Januar 1882 gesandte Rimesse von fl. 588. 50 nicht in das Credit des Beklagten gebracht sei;

dass also die Kläger mit Unrecht behaupten, dass die Vertheidigung sich ausschliesslich auf den einzigen nicht in das Credit gebrachten Posten von fl. 588. 50 beziehe;

In Erw. dass der vorgedachte allgemeine Einwand des Beklagten gegen den Contocorrent nur dann ausser Betracht bleiben müsste, wenn sich aus dem Prozesse nicht ergäbe, worin die behauptete Unvollständigkeit und Unregelmässigkeit bestehen soll;

dass dieser Punkt in facto aber zugestanden ist, also feststeht;

dass nun jedenfalls das Eine aus der klägerischen Replikconclusion und dem gegenseitigen Vortrage der Parteien erhellt: dass die Kläger ausser ihren Waarensendungen an den Beklagten (wofür dieser debitirt wird) Anweisungen zur Eincassirung sandten, und dass dagegen der Beklagte Rimessen in Bank- oder anderen Papieren zurücksandte, — dass nun die Kläger anstatt die Versendungen und den Empfang der geldwerthen Papiere in Rechnung zu bringen, nur stückweise dasjenige in Rechnung gebracht haben, was nach solchen Sendungen und Empfängen zu Gunsten des Beklagten oder der Kläger übrig blieb;

dass nun zwar die Kläger es so erscheinen lassen wollen, als ob dieser Punkt nur eine formale Frage der Buchführung betreffe, welche rechtlich nichts bedeute, aber dass sie dabei aus dem Auge verlieren, dass die Posten eines Contocorrents vollständig die Geschäfte repräsentiren müssen, welche nach der aufgestellten Behauptung zu dem Saldo geführt haben sollen, und dass die Posten selbst nicht wiederum Saldi sein können, wenigstens nicht ohne dass sie durch Beilagen zu der Rechnung gerechtfertigt werden; dass nun auch hier, wo verschiedene Posten als Saldi erkannt worden sind, diese Saldi nicht justificirt worden, also der Beklagte nicht im Stande ist die Richtigkeit des Endsaldos zu untersuchen, mit anderen Worten, den Lauf des Compensationsprocesses, wie er durch die Kläger beabsichtigt, aber nicht ausgedrückt wird, zu beurtheilen;

dass also, nach diesen Thatsachen, der Contocorrent den wahren Lauf der Geschäfte zwischen den Parteien nicht darstellt, sondern nur stückweise den nicht justificirten Effekt der aufgenommenen Credit- und Debetposten;

In Erw. dass die Kläger sich allerdings bei dem Plaidoyer bereit erklärt haben, durch Zeugen und andere Beweismittel darzuthun, dass ihnen der eingeklagte Saldo zukomme. dass aber diese Bereiterklärung, welche allein, was den Zeugenbeweis betrifft, berücksichtigt werden könnte, unbeachtet bleiben muss;

dass es zunächst nicht wohl denkbar ist, eine Reihe von durch

16 Monaten sich hinziehenden Handelsgeschäften durch Zeugen beweisen zu können;

dass überdies, da der vitiöse Charakter des Contocorrents darin liegt, dass die Mehrzahl der Posten nur Resultate wiedergibt, ohne Angabe der Thatsachen, die zu diesem Resultate geführt haben, mithin der Richter nicht im Stande ist (was die Kläger auch selbst nicht gethan haben), bestimmte Thatsachen zu präcisiren;

In Erw. dass, selbst wenn es wahr sein sollte, dass der Beklagte, wenn er seinerseits einen vollständigen Contocorrent vor Gericht eingereicht hätte, die hinsichtlich desselben bestehenden Einwendungen hätte beseitigen können, er dazu jedoch nicht verpflichtet ist, weil kein Beweis vorhanden, dass der Beklagte diesen Contocorrent gebilligt habe;

eingesehen art. 1902 des bürgerl. Gesetzbuchs; 56 der bürgerl. Proc.-O.; weist das Gericht die Kläger mit ihrer Klage ab und verurtheilt sie in die Kosten."

Gegen zwei Sätze in diesem Urtheil haben wir ernstliche Einwendungen zu erheben. Zunächst: „dass die Posten eines Contocorrents vollständig die Geschäfte repräsentiren müssen, welche nach der aufgestellten Behauptung zu dem Saldo geführt haben sollen, und dass die Posten selbst nicht wiederum Saldi sein dürfen, wenigstens nicht, ohne dass sie durch Beilagen zu der Rechnung gerechtfertigt sind. Der Beklagte darf ja nicht ausser Stande sein, die Richtigkeit des Endsaldos zu untersuchen."

Es kommt uns vor, als ob diese letztere Besorgniss sehr schwer bei dem Gerichte gewogen hätte. Kaufleute, welche in einem Contocorrentverhältniss stehen, verdienen nicht angehört zu werden, wenn sie wie unschuldige Schlachtopfer klagen, so ganz unbekannt mit dem zu sein, was man von ihnen fordert. In der Regel sind sie zu eigener Untersuchung durchaus nicht „ausser Stande." Wäre dem auch anders, so würde eine so weitgehende Nachlässigkeit culpa lata sein.[1])

Abgesehen aber davon ist der Satz selbst: „dass die Posten im Contocorrent nicht Saldi sein dürfen" ganz unbewiesen. In Dutzenden von Fällen können die Posten nichts Anderes sein. Ein und derselbe Posten kann allerlei Phasen durchlaufen, von welchen lediglich das Endresultat mit Vorwissen beider Contrahenten in den Contocorrent eingestellt wird. In diesem Falle ist ein Saldo gebucht. Warum liegt darin etwas Unerlaubtes? Auch die Forderung, dass in diesem Falle immer die Geschichte jenes Postens bei der Rechnung gegeben werde, scheint unbegründet. Aber was bestritten wird, hat der Kläger zu beweisen. In Fällen wie dieser würde sonst vielleicht eine ganze Abtheilung eines Banquiercomptoirs zeitweise nach dem Audienzsaal gebracht werden müssen.

Gerade die Verkennung des letzteren Grundsatzes bildet den Gegen-

[1]) Vgl. über diesen letzten Punkt das Frankfurter Urtheil, welches wir oben pag. 201/202 mitgetheilt haben.

stand unserer zweiten Beschwerde. Das Gericht meint nämlich, dass des Klägers „Bereiterklärung zum Beweise“ keine Beachtung finden könne. Sie erachtet diese weder für bestimmt genug, noch für ausführbar. Uns scheint sie sowohl das Eine als das Andere zu sein. Zu beweisen hat der Kläger die Rechtmässigkeit seiner in einem Saldo bestehenden Forderung, welcher letztere wohl nicht unbestimmt gewesen sein kann. Darzuthun, dass und wie die Factoren zu diesem Saldo geführt haben, ist gerade der Gegenstand der Beweisführung. Wenn dies ist, so fällt zugleich der von dem Gerichte sogenannte „vitiöse Charakter des Contocorrents“ hinweg. Nach der eigenen Ausführung des Gerichts können ja die Posten immerhin Resultate, also beweisbare Resultate sein. Dem Kläger hierzu Gelegenheit zu geben, ist also gerade das Mittel, um das vermeintliche Vitium aufzuheben. Was die Ausführbarkeit betrifft, so brauchen wir dabei nicht lange zu verweilen. Wenn Jemand (formell mit Recht natürlich) beweisen zu können behauptet, so muss abgewartet werden, ob seine Kräfte nicht zu kurz kommen. Jedes andere Urtheil scheint voreilig.

Wir haben auf obiges Urtheil einen Augenblick die Aufmerksamkeit gelenkt, weil es anschaulich macht, zu welch sonderbaren Missverständnissen der Rechtsbegriff des Contocorrents Anlass geben kann. Es ist wahrlich, als ob in diesem Institut eine gewisse mystische Ingredienz verborgen sei, welche allerlei Beschwerden in's Leben ruft. Wir wissen bereits, dass der Appell-Hof in Nord-Holland „eine Klage aus einem Contocorrent für dem Niederländischen Rechte unbekannt“ erachtete.[1]) Das Amsterdamer Bezirksgericht war nach seinem oben angeführten Urtheil nicht dieser Ansicht. Die Klage selbst setzt sie als bekannt voraus. Wenn aber der im letzten Urtheil entwickelte Gedanke durchgeht, so würde es so gewagt sein, jene Klage aufzustellen, dass sie ebensogut hätte unbekannt bleiben können.

Aus ernster und fester Ueberzeugung glauben wir daher eine Doctrin bekämpfen zu müssen, welche sich in der Richtung der beiden vorgenannten Entscheidungen bewegt. Eine Klage aus einem Contocorrent ist eine Klage aus einem gegenseitigen Vertrage. Wenn die letztere dem Niederländischen Rechte nicht unbekannt ist, kann es die erstere ebensowenig sein. Jene Klage wird anhängig gemacht, wie jede andere. Wie jede andere muss sie, wenn nöthig, bewiesen werden können. Diese beiden Sätze mögen vielleicht höchst einfach erscheinen. Wir sehen aber keinen Anlass, sie verwickelter zu machen.

§ 43. Sicherheit für den Contocorrent.

Nicht selten geschieht es, dass die gegenseitige Creditgewährung — der Kern des Contocorrentverhältnisses, wie wir wissen — zwischen zwei Personen vereinbart wird, deren ökonomische Kraft und productives

[1]) Vgl. pag. 30 Anm. 1 oben.

Vermögen verschieden ist. Wird jenes Verhältniss von einem Kaufmann mit einem Banquier angeknüpft, so kommt dieses Missverständniss sehr oft vor. Manchmal findet es sogar eine Erklärung in der besonderen Lage der Parteien. Bei gleichem selbst geringeren Besitz an eigenem Capital, hat der Banquier an einem gegebenen Platz mehr Einfluss auf den gesellschaftlichen Verkehr im Ganzen genommen, als der Kaufmann, der vielleicht grössere Geschäfte, diese aber nur nach einer Richtung, abschliesst. Wenn Ersterer nur irgend etwas bedeutet, so bildet er den Mittelpunkt einer Reihe verschiedenartiger Geschäfte, deren Gebiet er in weiterem oder engerem Umfange zu übersehen und unverrückt zu beobachten hat. Daher wird denn nahezu jeder Betriebszweig einem Geschäftsmann zinspflichtig, der auf Grund seines Berufes verpflichtet ist, unaufhörlich alle Erscheinungen zu beobachten, durch welche der Geldmarkt — nervus rerum — empfindlich berührt wird.

Im Allgemeinen ist es eine breitgetretene Trivialität zu glauben, dass das Mass an Credit, welchen Jemand verdient, von der Grösse des eigenen Vermögens abhänge, über welches er zu verfügen hat. Dieses keineswegs zu verachtende Element ist durchaus nicht das einzige, noch selbst das höchste. In der Regel gibt nicht der Besitz des Kaufmanns, sondern seine ökonomische Bedeutung den Ausschlag. Letztere vergegenwärtigt eine Reihe von Begriffen, welche die Deutschen in dem einen Worte: „Leistungsfähigkeit" zusammenfassen können. In dieser Beziehung ist der Kaufmann meist im Nachtheil gegen den Banquier. Hieraus lässt es sich erklären, dass Letzterer manchmal bei der Eingehung des Contocorrentverhältnisses eine Sicherheit verlangt. Bei oberflächlicher Betrachtung scheint diese Forderung im Widerstreit mit der Gegenseitigkeit der Creditgewährung zu stehen. In Folge dieser Forderung werden ja scheinbar Vortheile und Lasten ungleichmässig zwischen den Parteien vertheilt. Gibt der Banquier Credit, so nimmt er ihn zugleich. Es würde deshalb entweder keine, oder doch nur eine gegenseitige Bürgschaft verlangt werden können. In Wirklichkeit aber ist des Banquiers Standpunkt günstiger als der des Kaufmanns. Deshalb hat der Credit, den er gibt, mehr Werth, als der, den er empfängt. Für diesen höheren Werth wird nun gleichsam Ersatz gegeben durch die Sicherheit, welche die immerhin mögliche Gefahr durch den gewährten Credit Schaden zu leiden, vermindert.

Eine solche Sicherheitsleistung ist auf die verschiedenartigste Weise denkbar. Sie kann erfolgen durch Pfand, Bürgschaft, Retention oder irgend eine der handelsrechtlichen Formen der Solidarität. Keine dieser Formen aber hat mit Bezug auf unsern Gegenstand irgend etwas Eigenthümliches. Im Allgemeinen gilt für alle diese Arten der handelsrechtlichen Sicherheitsleistung die in der l. 35 D. 5.1 enthaltene Regel:

Neminem puto dubitaturum, quin fidejussio ante obligationem rei accipi possit.[1])

[1]) Wir möchten einige Beispiele für die Anwendung dieses Grundsatzes aus der Rechtssprechung anführen:

Nur die Credithypothek verdient eine besondere Besprechung. Die Darstellung dieser Art der Sicherheitsleistung steht in engster Verbindung mit unserem Gegenstande. Man kennt den Zweck, welchen die Rechtswissenschaft hier zu erreichen hat. Der Hypothekargläubiger will Sicherheit. Der hypothekarische Creditgeber will diese Sicherheit ebenfalls.[2]) Bei dem ersteren aber ist der Betrag, wofür er Sicherheit erhält, gleich der Summe, die ihm geschuldet wird. Bei dem letzteren

1) Urtheil des Appellhofs in Zeeland vom 14. April 1863 (N. R. Beibl. 1865 XV pag. 33):

In Erw. dass eine solche Uebereinkunft als ein Bürgschaftsvertrag, (sog. fidejussio indemnitatis) zu betrachten ist und zwar hinsichtlich eventueller Holzlieferungen, also hinsichtlich eines debitum futurum, welche Bürgschaft sowohl nach den früheren, als nach den jetzigen Rechtsgrundsätzen bestehen kann und gültig ist;

In Erw. dass, wenn auch aus solchem Vertrage keine einfache, sondern nur eine bedingte Verpflichtung entspringt, trotzdem das Obligo unmittelbar nachdem der Vertrag geschlossen, entstanden war, die Wirkung dieses Obligo's davon abhängig blieb, ob eine Holzlieferung stattgehabt hat, ganz in Uebereinstimmung mit dem Inhalt des art. 1179 Code Civ., welche im art. 1297 B. G. wiedergegeben ist;

In Erw. dass denn auch in Folge der Holzlieferung die accessorische Verpflichtung nicht zur Existenz, sondern zur Wirkung gelangte, so dass die bis zum Fallissement erfolgten Lieferungen die Hauptschuld darstellen, zu deren Zahlung der Bürge angehalten wird, für denjenigen Betrag natürlich, welcher erweislich von dem Hauptschuldner nicht hat erhalten werden können;

In Erw. dass die Folge der Behauptung der Appellanten die wäre, dass die Bürgschaft als accessorische Verpflichtung für jede Holzlieferung an sich zu Grunde ginge und wieder auflebte, je nachdem eine Lieferung der anderen folgte, was sowohl mit dem Begriffe einer fidejussio indemnitatis wegen einer zukünftigen Schuld, als mit der Absicht der Contrahenten in entschiedenem Widerspruch stehen würde."

2) Urtheil des Bezirksgerichts Amsterdam v. 18. Jan. 1867 (N. R. Beibl. XVII pag. 375.)

In Erw. dass zwar allerdings keine Bürgschaft ohne Hauptverpflichtung bestehen kann, dass dies aber nicht bedeutet, die Hauptverpflichtung müsse schon bei der Eingehung der Bürgschaft vorhanden sein, sondern nur: die Bürgschaft habe ohne Hauptverpflichtung keine Folge; dass man sich vielmehr Bürgen für zukünftige Verpflichtungen des Hauptschuldners stellen lassen kann.

Auf das Contocorrentverhältniss wurden die Prinzipien, welche die Lehre von der Bürgschaft und dem Retentionsrecht beherrschen, in der deutschen Rechtssprechung folgendermassen angewandt:

1. Zwischen A. und der Firma B. bestand ein Contocorrentverhältniss unter Bürgschaft des C. für 8000. A. geräth in Concurs. Die Firma B. liquidirt ihre Forderung von 10,000. Ein Accord von 25% kommt zu Stande. Die Firma B. empfängt 8000 von dem solvent gebliebenen C, fordert aber die accordmässige Dividende von dem ganzen Betrage ihrer ursprünglichen Forderung von 10,000. C. hingegen macht hinsichtlich der von ihm gezahlten 8000 auf diese Dividende Anspruch. Er behauptet hinsichtlich des Betrages in die Rechte der Firma B. getreten zu sein. Das quid juris*) wurde Goldschmidt zur Begutachtung vorgelegt. †)

*) Zum Ueberfluss sei hier noch an art. 1876 des bürgerl. Gesetzb. erinnert.

†) Dieses höchst interessante Gutachten findet sich ganz abgedruckt in: Zeitschrift f. d ges. Handels XIV, pag. 397.

hingegen ist allerdings das Maximum dieser Summe bestimmt, die wirkliche Schuld aber wechselnd. Im Augenblick der Hypothekbestellung braucht noch gar keine faktische Schuld zu bestehen. Nichtdestoweniger will der hypothekarische Creditgeber Sicherheit für den Betrag, der sich bei Beendigung des Contocorrentverhältnisses als ihm geschuldet ergeben wird.

Hier nun kommt der hypothekarische Creditgeber, nach der gewöhnlichen Auffassung der Doctrin, in Conflict mit zwei Hauptprincipien des Hypothekenrechts. Seine Sicherheit muss gültig, und deren Rang unzweifelhaft sein. Fällt die Sicherheit weg, so ist die eventuelle Schuldforderung stets ungedeckt. Fällt ihr Rang, so kann die eventuelle Forderung ungedeckt sein. Der hypothekarische Creditnehmer kann ja auf das nämliche Gut für eine rechtlich unzweifelhafte Schuld einem Anderen eine Hypothek bestellt haben. Diesem Anderen würde der hypothekarische Creditgeber vielleicht nachstehen müssen.

Jene beiden Ziele vergegenwärtigen die beiden soeben erwähnten Hauptprincipien. Hypothek ist die sachliche Verbürgung einer Schuld.

Letzterer gibt sein Gutachten zu Gunsten der Behauptung der Firma B. ab. Durch Urtheil des Hofgerichts und des Oberhofgerichts zu Mannheim wird diese Behauptung aus dem Grunde verworfen, weil C. nur für einen Betrag von 8000 correus debendi sei. Was die Firma B. mehr von A. zu fordern habe, sei eine neue und selbstständige Schuld, wie wenn sich C. für ein Darlehen von 8000 verbürgt, und die Firma B. dem A. einen höheren Betrag geliehen hätte. C. habe also nicht einen Theil der Schuld des A. gegenüber der Firma B., sondern dessen ganze Schuld getilgt. Der dem A. von der Firma B. creditirte höhere Betrag sei auf ihr Risico gegeben. Mithin erlangt C. ein Recht auf die Dividende der von ihm bezahlten Schuld.

Die unseres Erachtens vernichtende Kritik dieser Urtheile durch Goldschmidt lautet folgendermassen: „Dieser Auffassung liegt eine Verkennung der einheitlichen Natur der Contocorrentforderung zu Grunde. Denn nirgends erhellt, dass die Contocorrentforderung (der Firma B.) nur höchstens 8000 betragen sollte. Der Umstand allein, dass in der Schuldurkunde als Motiv der sammtverbindlichen Verpflichtung erwähnt wird, es hätte sich (Firma B) bereit erklärt, den Contocorrentcredit des (A) auf die Summe von 8000 auszudehnen, reicht keineswegs hin, eine Beschränkung auf jenen Betrag als dem Willen aller Betheiligten entsprechend zu erachten, zumal schon damals der wirkliche Betrag der Geldforderung sich höher belief. Vielmehr sollte dadurch nur der Maximalbetrag bezeichnet sein, für welchen (Firma B.) sich zur weiteren Creditgewähr verpflichtete. Auch hat ja (C.) sich als Sammtschuldner für die Contocorrentschuld des (A.) „bis zur Höhe von 8000“ verpflichtet, setzte also eine höhere Contocorrentschuld als möglich oder gar als wahrscheinlich voraus. Das Wesen der Contocorrentschuld aber besteht gerade in ihrem wechselnden Betrage. Wer sich für eine Contocorrentschuld verbürgt oder anderweitig intercedirt, erklärt damit, für den jedesmaligen durch Contocorrentabschluss zu ermittelnden Betrag dieser Schuld einstehen zu wollen, schlechthin oder bis zu einem gewissen Maximum (hier 8000). Wäre der zwischen dieser Contocorrentforderung und der einfachen Darlehensforderung gezogene Vergleich begründet, so würde jede „Zahlung“ des (A) sofort und ipso jure die Forderung der (Firma B.) gemindert und jeder neue „Vorschuss“ von (Firma B.) eine neue Darlehnsforderung begründet haben, für welche C. in keiner Weise aufzukommen verpflichtet war. Aber alles dies widerstreitet sowohl der Natur des Contocorrentverhältnisses, wie der erkennbaren Intention der Betheiligten. Eben daraus ergibt sich auch die An

Eine Schuld muss also bestehen, und die Schuld muss vor ihrer Verbürgung existent sein, so lehrt die Doctrin. Fehlt die Existenz, so hat die Verbürgung kein Objekt. Fehlt die vorherige Existenz, so ist der Rang verloren. Der hypothecarische Creditgeber hat also an der Existenz und an der vorherigen Existenz Interesse. Er hat ein Recht auf das Vorhandensein dieser beiden Elemente. Er, der guten Glaubens seine Börse zur Verfügung eines Anderen gestellt und dafür eine sachliche Sicherheit verlangt hat, kann, wenn Jener von seiner Hülfe Gebrauch gemacht hat, doch nicht durch dolose Handlungsweise seines Schuldners mit Geringerem abgespeist werden, als mit jener Sicherheit.

Die Richtigkeit dieser letzteren Bemerkung liegt wohl auf der Hand. Desshalb bilden denn auch die Versuche, den hypothecarischen Creditgeber in seinem guten Rechte zu schützen, ein höchst wichtiges Blatt in der philosophischen Entwicklungsgeschichte unserer Wissenschaft.

nahme zweier gesonderter Schuldverhältnisse als unzulässig. Man kann mit seinem Geschäftsfreund wohl mehrere, gesonderte Conti führen, wird aber regelmässig nur eine laufende Rechnung führen, auf welche alle gegenseitigen Creditirungen und Debitirungen kommen, für welche nicht das Gegentheil ausgemacht ist. Sonach musste (C) voraussetzen — wenn er es nicht gewusst hat — dass die laufende Rechnung zu Lasten des (A) einen höheren Betrag als 8000 ergeben könne. Er wollte durch Uebernahme der Gesammthaft diesem die Crediterlangung erleichtern, nicht dem Maximum nach beschränken; hätte er, etwa behufs seiner eigenen Sicherung, das Gegentheil gewollt, so hätte er sich ausbedingen müssen, dass an (A) nur bis zur Höhe von 8000 Contocorrentcredit gewährt werden dürfe und dass er nur unter dieser Voraussetzung auf Höhe der bezeichneten Summe dafür einstehen wolle. War das aber nicht ausgemacht, so verstand sich von selbst, dass alle Forderungen von (Firma B.) auf die eine laufende Rechnung des (A) kamen, und dass (C) für den Gesammtbetrag derselben bis zur Höhe von 8000 einzustehen habe. Dass aber eine Gesammtverbindlichkeit wie eine Bürgschaft auch für eine künftige Schuld und von unbestimmtem Betrage übernommen werden kann, mit oder ohne Begrenzung der Gesammtverbindlichkeit der Bürgschaft dem Maximum nach, bedarf keiner Erörterung, so wenig als dass durch solche Begrenzung die Einheit der Hauptobligation nicht berührt wird".

2. Zwischen U. und R. besteht eine Contocorrentbeziehung, die mit einem Saldo von 2000 zu Gunsten des U. endigt. G. leistet Bürgschaft für die Zahlung dieses Saldos. Auf Zahlung verklagt, bestreitet er seine Verpflichtung hierzu. Auch nach der Feststellung des Saldos habe ja die Contocorrentbeziehung zwischen den Parteien fortgedauert. Verschiedene Zahlungen seien erfolgt. Diese, so behauptet der Bürge, müssten auf den Saldo angerechnet werden.

Durch Urtheil des Oberhofgerichts zu Mannheim von 1850 (Seuff. Arch. VIII, No. 159), wird der Bürge zur Zahlung verurtheilt. Der Gerichtshof erwägt: „Können einzelne Posten der laufenden Rechnung hinsichtlich der in der Contocorrentverbindung stehenden Handelsleute selbst nicht als Zahlungen angesehen werden, so kann dies auch nicht stattfinden bezüglich des Dritten, welcher für den Saldo Bürgschaft geleistet hat, sondern dieser bleibt für das bei dem Rechnungsabschluss sich herausstellende Ergebniss bis zum Betrag der übernommenen Sicherheitsleistung haftbar.

Wird dann die Geschäftsverbindung weiter fortgesetzt, und werden jeweils die übrig gebliebenen Saldi in den neuen laufenden Rechnungen vorgetragen, so tritt immer wieder das nämliche Verhältniss ein, und es besteht die Bürgschaft ebenfalls fort, jedoch nur bis zum Betrag des niedersten Saldos, weil, wenn letzterer

Wir sehen hier im wahren Sinne des Wortes den auf ein Rechtsinstitut concentrirten struggle for life. Jhering's vorzügliche neuere Schrift ist das Resultat eines folgendermassen von ihm angedeuteten Princips: (Der Kampf ums Recht pag. 8): „Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder Rechtssatz, der da gilt, hat erst Denen, die sich ihm widersetzten, abgerungen werden müssen, und jedes Recht, das Recht eines Volkes, wie das eines Einzelnen, setzt die stetige Bereitschaft zu seiner Behauptung voraus. Das Recht ist kein logischer, sondern es ist ein Kraftbegriff. Darum führt die Gerechtigkeit, die in der einen Hand die Wagschaale hält, mit der sie das Recht abwägt, in der anderen das Schwert, mit dem sie es behauptet.“ Die Wahrheit dieser Ausführung kann kaum durch ein aus dem Leben gegriffenes Beispiel besser beleuchtet werden, als durch das obige.

auch nur einmal kleiner geworden ist, als der Betrag der Bürgschaft, diese accessorische Verbindlichkeit zu gleicher Zeit in eben demselben Masse sich vermindert hat, und sonach bezüglich des Mehrbetrags erloschen ist. Dieser Fall liegt aber nicht vor, indem sämmtliche bis zum December 1846 gezogenen Saldi von höherem Betrage als die eingeklagten Summen sind, dieser aber es ist, welcher nebst Hinzuschlagung von Zinsen und Provision eingeklagt wird“. [a])

3. In einem ähnlichen Falle entschied das Obertribunal zu Stuttgart a. 1858 (Seuff. Arch. XIII, No. 113): „Aus diesem eigenthümlichen Verhältnisse folgt, dass den während der Dauer des Creditverhältnisses von dem Schuldner gemachten Zahlungen und Anschaffungen nicht die Wirkung einer Verminderung oder Tilgung der ursprünglichen Schuld, und infolge dessen einer Aufhebung des für diese bestellten Vorzugsrechts beigelegt werden kann.“

4. Ein Hauptschuldner hatte den Saldo eines Contocorrents anerkannt. Der Kläger verweigerte die Zahlung. Er behauptet berechtigt zu sein, die wirkliche Existenz der Schuld zu untersuchen. Die erfolgte Anerkennung binde ihn nicht.

Das Oberappellationsgericht zu Dresden verwarf diese Behauptung durch Urtheil vom 8. Febr. 1858 (Seuff. Arch. XVII, No. 35). „Die früheren Instanzen haben angenommen, dass dieses Anerkenntniss des Hauptschuldners den Beklagten, als Bürgen, nicht verpflichte, weil ein Bürge, welcher sich nicht für eine bereits bestehende Forderung, sondern für eine solche verbürgt habe, deren Existenz oder deren Betrag zur Zeit der Uebernahme der Bürgschaft noch ungewiss war, vom Gläubiger den Beweis der Verität der Schuld zu verlangen berechtigt sei, und von diesem Beweise der Gläubiger durch das Zugeständniss in Betreff der Existenz und Höhe der Forderung nicht befreit werde. Obwohl nun die Richtigkeit des vorstehenden Grundsatzes im Allgemeinen nicht bezweifelt werden mag, so erleidet derselbe dennoch dann eine Ausnahme, wenn der Bürge sich schon bei Eingehung der Bürgschaft für eine fremde künftige Schuld damit einverstanden erklärt hat, dass er zur Zahlung gehalten sei, wenn der Hauptschuldner das Guthaben des Klägers als richtig anerkennen werde. Dieses Einverständniss kann nicht nur ausdrücklich ausgesprochen, sondern auch stillschweigend zu erkennen gegeben werden. Ein solches stillschweigendes Einverständniss des Beklagten, dass das vom Hauptschuldner erklärte Anerkenntniss der Forderung des Klägers ihm gegenüber rechtliche Wirkung äussere, glaubt im vorliegenden Falle das Oberappellationsgericht deshalb annehmen zu müssen, weil Beklagter bei Uebernahme der Bürgschaft, Inhalts der Bürgschaftsverschreibungen, sowohl davon, dass sein Bruder, der Hauptschuldner, mit dem Kläger in laufender Rech-

a) Ein fast völlig gleicher Fall (Siebert ca. Schmöle) wurde vom Obertribunal durch Urtheil v. 22. Sept. 1868 ebenso entschieden (Rundschau d. jurist. Gesellsch. zu Frankfurt a. M. 1867 pag. 359).

Wir möchten in grossen Zügen den Weg nachweisen, welchen die Vertheidiger der Credithypothek eingeschlagen haben. Für unseren Standpunkt, und im Hinblick auf die in diesem Buche vertheidigte Rechtslehre, haben diese Bestrebungen nur historisches Interesse. Wir unsererseits halten die Credithypothek für existenzberechtigt, weil wir den Creditbegriff als Quelle von Rechten und Pflichten ansehen. Diese Auffassung ist aber in der am meisten massgebenden Doctrin nur allzuwenig in den Vordergrund gestellt. Darin liegt auch unserer unmassgeblichen Ansicht nach ihre Schwäche. Interessant ist aber das Schauspiel, wie hier im Namen der unzweifelhaftesten Billigkeit, ein Kreislauf von Theorien beginnt, um ein Ziel zu erreichen, welches auf dem geraden Wege unendlich bequemer zu erreichen ist.

§ 44. Kredithypothek. — Potestativ-Bedingung.

Als Ausgangspunkt für die eben erwähnte Entwicklung dient die, fast als Axiom angesehene, Regel, welche wir oben das zweite Hauptprincip nannten: ein der Schuld vorausgehendes Pfandrecht kann nicht bestehen.[1])

nung stehe, Kenntniss gehabt, als auch sich für diejenige Summe, welche aus dieser Geschäftsverbindung, bei dereinstiger Auflösung derselben, sein Bruder dem Kläger schulden werde, bis zur Höhe von 3000 verbürgt hat.“

5. Zwischen einer Bank und einem Kaufmann besteht ein Contocorrentverhältniss. Letzterer fordert von der ersteren die Rückgabe gewisser Papiere, an welchen ein Retentionsrecht behauptet wird. In drei Instanzen wurde die Klage zurückgewiesen. Das Oberappellationsgericht zu Darmstadt entschied am 22. Juni 1858 (Zeitschr. f. d. ges. Handelr. II, pag. 434): „In dem Contocorrentverhältnisse liegt die ganze folgerecht sich ergebende und unabweisliche Connexität, welche zwischen dem Activsaldo der Beklagten und der Forderung des Klägers auf Auslieferung der Papiere besteht, welche Beklagte im Auftrag und für Rechnung des Klägers eingekauft hat. Es ist dieses dieselbe innere Connexität, welche das gemeine Recht zur Retention erfordert und in dem inneren Zusammenhang der gegenseitigen Leistungen begründet ist. Es ist eine Connexität, welche nicht erst durch das Contocorrentverhältniss entstanden ist, sondern, als schon durch die ursprünglichen Geschäfte begründet, durch das Contocorrentverhältniss, d. h. durch die Art der hierdurch herbeigeführten Abrechnungsweise, nur aufrecht erhalten wurde, insofern nicht die einzelnen, aus den verschiedenen Aufträgen entstandenen verschiedenen Forderungen und Gegenforderungen sofort einzeln zur vollständigen Abwickelung gelangten, sondern — wie die vorgelegten Contocorrente zeigen — erst insgesammt zur vollständigen Abwickelung gelangen sollten.“

[2]) Ein für alle Mal sei hier bemerkt, dass wir diesen Ausdruck als vollkommen gleichbedeutend brauchen mit der Partei, welche einen Contocorrentvertrag, unter Ausbedingung einer Hypothek zu ihren Gunsten, eingeht. Dass sie Credit gibt und zugleich empfängt, macht sachlich keinen Unterschied. Hier kommt ihre Qualität nur, insofern sie Credit gibt, zur Sprache.

[1]) Holl. Consult. I, 291. „Wenn es in Rechten heisset, dass man Hypotheken begründen und mit gehöriger Kraft bestellen kann und mag für eine Schuld, die noch zu machen ist, so muss doch von einer also zuvor bestellten Verpfändung gesagt werden, dass sie nicht eher vermag derart in Kraft zu sein, dass sie jus prioritatis geben kann, als da die Schuld, derentwegen sie interponiret ist, thatsächlich contrahirt wurde. Wenn also zuvor keine Schuld besteht, so kann auch eine Hypothek nicht als vorhanden erachtet werden: cum unum sine altero intelligi non possit.“

Der Schwerpunkt der Darlegung ist damit nachgewiesen. Er muss darin liegen, dass bei der Kredithypothek das Pfandrecht der Schuld vorausgeht. Ex industria wurde diese Frage zuerst behandelt von dem Gesichtspunkte der Potestativbedingung aus. Die Frage ist: hat eine Potestativbedingung, wenn sie erfüllt ist, rückwirkende Kraft? M. a. W.: gilt der Zeitpunkt der Verpflichtung, oder der Zeitpunkt der Erfüllung als der des Obligo? Um diese Frage richtig zu verstehen, unterscheide man: Dabo si volam ist nichtig. Dabo si faciam ist gültig. [1]) Der hypothecarische Kreditnehmer nun sagt: dabo (nämlich die Hypothek) si faciam (nämlich die Kreditentnahme). Die Bedingung also der zugesagten Hypothek, ist die Unterstellung, dass Geld aufgenommen sei. Umgekehrt hängt dies Letztere ab von einer Handlung des Schuldners, also Ersteres von einer wahren Potestativbedingung. Es bleibt sonach die soeben aufgestellte Frage: wirkt diese Bedingung, wenn sie erfüllt ist, zurück?

In dieser Beziehung lehrt Savigny: [2]) „Die Priorität eines bedingungsweise gegebenen Pfandrechts wird nicht nach der Zeit der Erfüllung, sondern nach der Zeit des Pfandvertrages bestimmt. Dieses leidet jedoch eine Ausnahme, wenn die Erfüllung der Bedingung in einer von der Willkür des Schuldners abhängenden Handlung besteht (so z. B. bei einer Verpfändung unter der Bedingung, dass der Schuldner ein Darlehen empfangen wird); und zwar nicht als ob dieses keine wahre Bedingung wäre, welches doch in der That anzunehmen ist, sondern weil der Schuldner, der die Entstehung des ganzen Rechts seines Gegners verhindern kann, auch dauernd wirksame Beschränkungen desselben muss hervorbringen können.“

Dies Argument scheint zum Wenigsten sonderbar. Der Schuldner,

Holl. Consult. IV, 134. „Mag auch in Rechten es erlaubt sein, eine solche Convention zu schliessen, als sie zuvor ist mitgetheilet worden, und dafür zu constituiren und zu empfangen eine specielle oder generelle Verpfändung von Gütern, so erscheint es doch richtig, dass die Hypothek, welche der Schuldner für dasjenige constituirte, was er sollte schuldig werden und bleiben auf Grund von Waaren, die ihm nach seinem Willen geliefert werden sollen, nicht eher beginne von Wirkung zu sein, als da die Lieferung jener Waaren thatsächlich geschehen, und die Schuld damit constituiret ist; überdies, zumal es aus jenem Contrakte erhellet, dass es im Willen derselben Parteien stehet, daraus zu scheiden und sich zu weigern, Waaren zu liefern oder zu empfangen: so dass also ein zweiter Creditor, welcher in der Zwischenzeit und von der Lieferung der mehrgedachten Waaren ein Hypothekenrecht auf die Güter des mehrgedachten Schuldners bestellet hat und zwar auf Grund einer Schuld, welche zur Zeit der Constituirung dieser jüngeren Hypothek wirklich bestanden, den Vorzug hat vor dem erstgedachten Creditor.“

[1]) Der Grund bei Windscheid, Pandectenr. I, pag. 233. „Wer sagt: ich will, dass dieses sein solle, wenn ich wollen sollte, dass dieses sein solle, spielt mit Worten; wer sagt: ich will, dass dieses sein solle, wenn ich wollen sollte, dass Jenes sein solle, sagt etwas sehr Vernünftiges.“

Diese Unterscheidung ist sehr richtig festgehalten in art. 1292 des niederländ. bürgerl. Gesetzbuchs.

[2]) System III, p. 151.

der (wenn er kein Geld aufnimmt) das Recht des Gläubigers verhindern kann, soll es auch (wenn er Anderen eine Hypothek auf die nämliche Sache gibt) beschränken können.

Dieser Satz wird völlig mit Recht von Wächter[1]) bestritten: „das wäre nur richtig, wenn der Schuldner die Befugniss hätte, mit dem Rechte des Gegners rein nach Willkür zu verfahren, es ganz oder theilweise zu verhindern und zu beschränken; durch eine Bedingung jener Art wird ihm aber ja offenbar nicht eine solche Befugniss, sondern blos das Recht eingeräumt, durch Verhinderung des Eintritts der Bedingung seine Schuld abzuwenden."

Die Frage selbst löst dieser berühmte Rechtsgelehrte in anderer Weise. Im Princip, sagt er[2]), gehe auch bei der Potestativbedingung die Regel von der rückwirkenden Kraft. Diese aber (die Rückwirkung) fülle lediglich die Lücke aus, welche die Existenz der Potestativbedingung in der Handlung lasse. Die bedingte Absprache gelte ex tunc als unbedingt. Leide jedoch die Handlung an einem anderen Gebrechen, so werde dem durch die Rückwirkung nicht abgeholfen. Folgendes Beispiel verdeutlicht diese Lehre:[3]) „Wenn ich Jemandem im Mai 1849 meine Sache verpfände für den Fall, dass ich im nächsten Jahre von ihm ein Darlehen aufnehmen würde: so ist wohl zu beachten, dass jetzt noch gar keine Schuld existirt, auch keine bedingte; nehme ich nun im März 1850 das Darlehen auf, so wird es doch in der That Niemandem einfallen, dieses Darlehen zurück zu datiren auf den Mai 1849; erst vom März 1850 an existirte eine Obligation; es kann sich daher das Pfandrecht nicht vom Mai 1849, (an welchem gar keine Schuld existirte, noch existent wurde) sondern erst vom März 1850 an datiren. Etwas Anderes wäre es, wenn der Verpfänder sich sofort verpflichtete die künftige Obligation einzugehen, z. B. sich verpflichtet, von mir ein verzinsliches Darlehen anzunehmen und auf diesen Fall mir sein Haus verpfändet; hier datirt sich das Unterpfand, wenn später das Darlehen gegeben wird, von seiner Bestellung an, weil schon von dieser Zeit an eine bindende Obligation für den Schuldner bestand."

Die Controverse zwischen beiden Rechtslehrern bewegt sich also auf dem Gebiete der rückwirkenden Kraft der erfüllten Potestativbedingung. Savigny verwirft jene Rückwirkung ganz speciell mit Rücksicht auf unsern Gegenstand. Wächter hingegen stellt auch dafür die Regel der Rückwirkung auf, welche er annimmt, wenn ab ovo eine Verpflichtung für den Darleiher bestand. Die Frage selbst: Rückwirkung oder nicht nimmt Windscheid wieder auf.[4]) Er schlägt einen Mittelweg ein. Dass die Rückwirkung bei einer erfüllten Potestativbedingung Platz greife, stimmt nach seiner Ansicht mit den Rechtsprincipien überein, widerspricht aber den Quellen.

[1]) Handb. des Württemb. Privatr. II, p. 702, Anm. 19.

[2]) a. a. O. p. 702.

[3]) a. a. O. p. 705, Anm. 22.

[4]) Archiv f. civ. Prax. 35. p. 51.

Es stimmt mit den Rechtsprincipien überein: — „freilich, sagt er, [1]) hängt es hier von der Willkür Desjenigen, um dessen Dispositionen es sich handelt, ab, ob das dingliche Recht, welches er dadurch beeinträchtigt, erworben werden soll, oder nicht; aber deswegen ist er doch noch sehr weit davon entfernt, nicht gebunden zu sein. Denn wie Trotsche und Wächter mit vollem Rechte geltend machen, es hängt nicht von seiner reinen Willkür ab. Er kann den Erwerb des Rechtes auch nur durch Nichtvornahme der Handlung hindern, durch welche die Bedingung erfüllt wird; nimmt er sie vor, so muss er ihn geschehen lassen, und, wenn überhaupt, auch ungeschmälert."

Es widerspricht den Quellen: — „Nach allem Diesem, so lautet sein Resultat, [2]) muss ich die Ueberzeugung aussprechen, dass die Quellen allerdings eine Gebundenheit des Willens bei der potestativen Bedingung nicht anerkennen. Ihre Auffassung ist keine andere, als diese: es kommt darauf an, ob das eingeräumte Recht ohne den Willen des Verleihenden, oder ob es nur durch den Willen desselben entstehen kann. Im letzteren Falle ist er ungebunden, und seine später gemachten Dispositionen gehen daher dem durch die Erfüllung der Bedingung wirklich entstehenden Rechte vor."

Was gilt nun aber für die Kredithypothek in concreto? Es gibt doch Leute, welche der Ansicht sind, dass gerade dafür eine Ausnahme gelte, dass daher einem für später aufzunehmendes Geld gewährten Pfandrecht sein Rang verbleibe, wenn das Geld aufgenommen ist. Es finde dies — so wird behauptet — seine ausdrückliche Bestätigung in der

l. 1 pr. D. 20. 4. Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit, subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuae quantitatis numeratio impleta est; quaerebatur de pignore. Quum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis, nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecunium residuam redderet, ut minus dotata esse mulier videatur.

Diese Stelle hält aber Windscheid nicht für entscheidend für die Existenz jener Ausnahme: „Allerdings, sagt er, [3]) sieht Papinian den Mann als schon zur Zeit der Verpfändung wirklichen Schuldner der ganzen dos an, aber nicht weil er die Restitution der ganzen dos versprochen hat, sondern weil er die ganze dos bereits hat. Die dos promissa ist bereits dos, auch die dotis promissio ist eine Form der constitutio dotis." Er kann aber ebensowenig die Analogie mit der Kredithypothek annehmen. „Der Creditgeber, meint er, [4]) ist nicht sofort Gläubiger des Creditnehmers, wie der Ehemann der des dotis

[1]) a. a. O. p. 52.
[2]) a. a. O. p. 59.
[3]) a. a. O. p. 73.
[4]) a. a. O. p. 75.

promissor; er kann sich nur zum Gläubiger desselben machen. Freilich bedarf es dazu nur einer Forderung von seiner Seite; aber diese Forderung ist eben auch nöthig. Er ist nicht unbedingter, er ist bedingter Gläubiger. Freilich ist die Bedingung seines Gläubigerseins sein eigener Wille; aber deswegen ist er nicht unter einer wahren und eigentlichen Bedingung Gläubiger". Das Resultat ist: entweder überall oder nirgends. Auch die Potestativbedingung hat, wenn sie erfüllt ist, überall rückwirkende Kraft. Oder sie hat sie nirgends, also auch bei der Kredithypothek nicht.

Eine principielle Bestreitung des ganzen Gedankengangs, worin der hier geschilderte Kredit sich bewegt, finden wir bei Aug. Philips.[1]) Auch er geht von der Idee aus, dass kein Bürge gegeben werden könne, bevor die ganze Schuld existire. Nachdem er die in den Holl. Consult. gegebenen Entscheidungen[2]) angeführt, erklärt er: [3]) „auf diese bündige Darstellung ist wenig zn entgegnen." Der Schwerpunkt der Betrachtungen des geachteten Rechtsgelehrten besteht aber in einer Entwicklung seiner durch eine Berufung auf Savigny (System III, § 116) veranlassten Meinung, dass die Lehre von der Potestativbedingung mit der Kredithypothek nichts zu thun habe.

„Den Satz selbst, sagt Philips, [4]) von der Kraft der erfüllten Potestativbedingung, brauche ich hier nicht zu besprechen, er würde allerdings nicht im Vorbeigehen behandelt werden können, sondern eine gründliche Untersuchung erfordern. Hier kann ich mich darum dessen enthalten, weil, soweit ich sehe, überhaupt der ganze Begriff mit Unrecht in dieser Frage in Betracht gezogen wird. Man nennt bei diesem Raisonnement Bedingung, was das Erforderniss des Rechtsverhältnisses ist. Die Verpflichtung zur Rückgabe besteht ohne die Bedingung, dass man ein Darlehen nimmt; dies sagt nichts Anderes als dass ein Darlehen gegeben sein muss, um die Verpflichtungen des Entleihers entstehen zu lassen. Gerade so klingt der Satz, dass ein Jeder verpflichtet ist unter der Voraussetzung dass er sich verpflichtet hat. Man macht also die Existenz der Verpflichtung zu ihrer Bedingung.

Dass Philips sich zur Stütze seiner Lehre mit Unrecht auf die Autorität Savigny's beruft, erhellt aus der oben von uns wörtlich wiedergegebenen [5]) Stelle aus Savigny. Philips kann keine Bedingung in der Verpflichtung des hypothecarischen Kreditnehmers zur Rückgabe sehen, weil die Aufnahme von Geld Rechtserforderniss für das ganze Verhältniss sei. Wovon ist denn die Rede? Nicht von einer Verpflichtung zur Rückgabe in genere, sondern von einer Verpflichtung zur hypothecarischen

[1]) Themis 1855 pag. 411. Die academische Dissertation von Dr. v. Riessen über Kredithypothek Leiden 1870 schliesst sich dem Aufsatze von Philips in diesem Punkte an.

[2]) Vgl. pag. 216/217 oben.

[3]) a. a O. pag. 418.

[4]) a. a O. pag. 430.

[5]) pag. 217.

Rückgabe in specie. Wenn also ein Geldleiher im Allgemeinen sagt: ich werde Dir zurückgeben wenn ich von Dir leihe, braucht er wohl eine bedingte Form, in Wirklichkeit aber sagt er nur: ich werde mich verpflichten, wenn ich mich verpflichte. Hier besteht also nichts auf der Welt Anderes als: dabo si volam. Der Redende ist zum Entleihen nicht verpflichtet, also auch nicht zur Zurückgabe. Umgekehrt ist, wenn er entliehen hat, sein Zurückgeben nicht eine Handlung, die er nach seiner Bequemlichkeit vornehmen oder unterlassen kann. Im Gegentheil, er ist dazu verpflichtet, und zwar von dem Augenblicke an, da er entliehen hat. Die Art, wie er sich ausdrückt, kann daher einen beruhigenden, einen überredenden, einen vorbereitenden Charakter haben. Mit der Lehre von den Bedingungen, Potestativbedingungen oder anderen, hat sie in keinem Falle etwas zu thun.

Anders aber, wenn ein Geldentleiher sagt: ich werde Dir hypothecarisch zurückgeben, wenn ich von Dir entleihe. Hier wird unmittelbar eine auf den modus quo der Rückgabe bezügliche Verpflichtung eingegangen. Hier bleibt es dem Redenden gewiss ganz überlassen, zu entleihen oder nicht. Aber hat er entliehen, so bleibt es ihm nicht mehr überlassen, ob er hypothecarisch zurückgeben will oder nicht. In dieser letzteren Hinsicht ist und bleibt sein Wille ein für alle Mal gebunden. Gebunden natürlich unter der Potestativbedingung, dass er entleiht, wie es immer bei dem dabo si faciam der Fall ist. Hier muss daher „der Satz selbst hinsichtlich der Kraft der erfüllten Potestativbedingung“ allerdings mit Windscheid untersucht werden. Denn von der Beantwortung der Frage: wirkt die später erfolgte Entleihung zurück auf die früher eingegangene Verpflichtung zur hypothecarischen Rückgabe? ist diese (nämlich die hypothecarische) Gebundenheit des Geldentleihers abhängig.

Diese Abhängigkeit verkennt Philips. „Dass Windscheid, sagt er, [1]) nicht so sehr die Verpflichtung des Entleihers, als die Existenz des Pfandrechts von einer Potestativbedingung abhängen lässt, bessert die Sache nicht, denn gerade die Verpflichtung des Entleihers ist Rechtserforderniss für die Hypothek. Das Resultat ist immer, dass man als Folgerung dasjenige annimmt, was der Ursache vorausgehen müsste.“ Der Irrthum scheint uns hier dadurch verursacht, dass ein Ring in der Kette unberücksichtigt gelassen ist.

Die Verpflichtung des Entleihers ist ganz gewiss Rechtserforderniss für die Existenz des Geldleihvertrages. Aber die Verpflichtung des Entleihers ist kein Rechtserforderniss für die Existenz des hypothecarischen Vertrages. Letztere Uebereinkunft hat natürlich nur dann rechtliche Folgen, wenn die Thatsache der erfolgten Geldleihe zwischen den Parteien unbestritten ist. Man kann von der Erfüllung einer Verpflichtung nicht reden, wenn thatsächlich nachgewiesen wird, dass die Verpflichtung nicht besteht. Zwischen der Hypothek und der Geldleihe aber besteht

[1]) a. a. O. p. 431.

gerade aus diesem Grunde lediglich ein thatsächlicher Zusammenhang. Die Verpflichtung des Entleihers ist also faktische Voraussetzung, nicht Rechtsvoraussetzung für die Hypothek. Dass man „als Folgerung dasjenige annimmt, was der Ursache vorausgehen müsste", ändert nichts. Gerade die Frage, ob eine solche Transposition erlaubt ist, bildet das A und Z der Windscheid'schen Darstellung. Auch er sagt: zeitlich geht die Hypothek (die Folge) der Ursache (der Geldleihe) voraus, aber diese Ursache wirkt durch die Kraft der erfüllten Potestativbedingung (wenn ich mich verpflichte, verpflichte ich mich hypothecarisch) zurück. Das ursprüngliche Vorausgehen ist also aufgehoben, und in der Gleichzeitigkeit von Ursache und Folge aufgegangen.

Fassen wir das Resultat dieser Betrachtung zusammen. Die Kredithypothek wurde in der vorausgehenden Darstellung so angesehen, als müsse sie als Unterpfand für ein einzugehendes Gelddarlehen dienen. Wäre diese — der unsrigen direct entgegengesetzte — Lehre richtig, so würde die Kredithypothek rechtlich auf der Grundlage der Potestativbedingung bestehen können. Dem von Windscheid geführten Streite hat aber das niederländische Gesetz durch die vortreffliche Bestimmung in art. 1292 des bürgerl. Gesetzbuches ein Ende gemacht. Das dabo si faciam hat rechtliche Wirkung nach unserem Gesetze. [a]) Daraus ist kein Grund zu entnehmen, warum diese Bedingung, wenn sie erfüllt ist, nicht unter die allgemeine Regel des art. 1297 des bürgerl. Gesetzbuchs [b]) fallen sollte. Besteht aber, in Folge der Rückwirkung, das Pfandrecht gleichzeitig mit dem (quasi) Gelddarlehen, so ist dem angeblichen Erforderniss, dass das accessorium nicht vorausgehen dürfe, Genüge geleistet, also die orthodoxe Lehre befriedigt.

§ 45. **Kredithypothek. — Priorität.**

Die soeben erwähnte Lehre wurde gerade aus dem Gesichtspunkte der, wie man meinte, unerlaubten Priorität des Pfandrechts bestritten. Auch den Verlauf dieses Streites möchten wir kurz schildern. Es wird damit der Kreislauf, von dem wir oben sprachen, deutlich werden.

„Als unumstössliches selbstverständliches Axiom", so fängt Dern-

a) Der art. 1292 des niederl. bürgerl. Gesetzbuchs lautet: „Alle verbindtenissen ziyn nietig, indien derzelver vervulling alleenlyk afhangt van den wil van dengenen die vorbonden is. Indien echter de verbindtenis afhangt van eene daad, waarvan de vervulling in zijne magt staat, en die daad heeft plaats gehad, is de verbindtenis van kraft". (Alle Verpflichtungen, deren Erfüllung allein von dem Willen des Verpflichteten abhängt, sind nichtig. Wenn aber die Verpflichtung von einer Handlung abhängt, deren Erfüllung in der Macht des Verpflichteten steht, und diese Handlung erfolgt ist, so hat die Verpflichtung rechtliche Wirksamkeit.")

b) Der art. 1297 des niederl. bürgerl. Gesetzbuchs lautet: „Indien de voorwaarde vervuld is, werkt zij achteruit, tot den tijd, waarop de verbindtenis is geboren." („Wenn die Bedingung erfüllt ist, wirkt sie zurück auf die Zeit, in welcher die Verpflichtung entstanden ist."

burg [1] [a]) seine nähere Untersuchung der mehrerwähnten Regel an, „wird meistens an die Spitze unserer Lehre gestellt: dass das Pfandrecht nicht vor Existenz der Schuld, die es versichern soll, bestehen kann.“ Wie es manchmal geht, wenn man eingewurzelte Vorurtheile näher betrachtet, hat jener Gelehrte zuerst Mühe, selbst den Scheingrund zu finden, worauf der Irrthum beruht. Man ist gewohnt, sich bei der Lehre zu beruhigen; accessorium sequitur principale, non contra. Aber aus welchem logischen Princip, aus welcher juristischen Nothwendigkeit ergibt sich denn dies sogenannte Axioma? Niemand kann hinsichtlich der hier erwähnten Priorität die Antwort geben. Hypothek ist ein accessorium. Sie muss also an irgend eine Verpflichtung geknüpft bleiben. In Ermangelung der letzteren fällt sie in sich zusammen. Eine selbständige Rolle also hat sie nicht, sondern nur eine dienende. Das Alles ist klar wie der Tag. Aber in welchem Zusammenhange stehen diese elementaren Principien mit der Forderung, das sachliche Recht dürfe der persönlichen Schuld nicht vorausgehen? Warum soll dem Eigenthümer eine solche Verfügung über sein Gut, welche für ihn das Mittel ist, einen ihm bekannten Zweck zu erfüllen, versagt oder beschränkt werden?

Es ist keine Möglichkeit, auf alle diese Fragen eine genügende Antwort zu geben. [2]) Eine systematische Analyse der Quellen führt denn Dernburg zu dem Resultat, dass wir es hier mit einem der Machtsprüche zu thun haben, welche ursprünglich leichtfertig aufgestellt, dann als unbezweifelbare Richtschnur angenommen werden. Es liegt nicht in unserer Absicht, dem gelehrten Schriftsteller in dem ganzen Umfange seiner Betrachtungen zu folgen. Unter den Fällen, die er annimmt, ist jedoch einer, der in näherem Zusammenhange zu unserem Gegenstande steht. Wir meinen nämlich den Fall, dass das Pfand, im eigentlichen Sinne, zur Deckung einer künftigen Schuld dienen muss. Hier meint der Verfasser, es sei Alles von der vermuthlichen Absicht der Parteien abhängig, die also in jedem einzelnen Falle untersucht werden müsse.

Namentlich zwei Stellen kommen hier in Betracht. [b]) Wir meinen die

l. 11 pr. D. 20. 4. Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si

[1]) Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. Röm. Rechts I. pag. 520.

[a]) Vergl. jetzt auch Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatrechts Bd. I, (3 Aufl. Halle 1881) §§. 332, 335, sub. 2 u. Anm. 5, § 354 u. Anm. 17.

[2]) Puchta, der sonst nicht gewohnt ist Decrete zu erlassen, sagt einfach (Vorlesungen I, p. 441): „Das Pfandrecht kann nicht älter sein, als sein Gegenstand“

[b]) Vergl. J. Regelsberger. „Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte“, Erlangen (Enke) 1859, § 12, p. 36: „Das ganze Gewicht der Entscheidung ruht hier auf einer richtigen Entscheidung folgender Stellen“ (l. 4 D. 20. 3 und l. 11 pr. D. 20. 4.) — „Ich habe früher angenommen“, sagt Windscheid (Lehrb. des Pandectenrechts, 4. Aufl. § 242, Anm. 6 p. 792), „dass die Entscheidung der genannten Stellen ohne inneren Grund sei. Diese Meinung beruht auf einer irrigen Auffassung des Verhältnisses des Pfandrechts zu seiner Forderung, auf der Annahme, dass die Forderung etwas zu dem Pfandrecht äusserlich hinzutretendes sei, während sie etwas durch seinen Begriff Gegebenes ist.“

ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit; poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam; [a]) und die l. 4 D. 20. 3. Titius, quum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei, et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit; deinde, postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam; quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit, quum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

Bei diesen beiden Stellen liegt, nach Dernburg, der Schwerpunkt der Darstellung in dem Umstand, dass der Schuldner zu der Geldentleihung nicht verpflichtet war. Es könne auch wohl nicht in seiner Absicht gelegen haben, eine Hypothek unmittelbar zu begründen. Denn wollte er sich hinsichtlich der Geldaufnahme volle Freiheit des Handelns vorbehalten, so würde er sich auch hinsichtlich der, wenn auch sicher zugesagten, Hypothek nicht haben binden wollen. Es bestehe deshalb hier eine entschiedene Vermuthung gegen die Absicht des Geldnehmers, das Pfandrecht sofort zu begründen. In der oben [1]) angeführten Stelle l. 11. pr. D. 20. 4 sei dagegen der Creditor zur Hingabe des Geldes verpflichtet. Daher sei es sicherlich seine Absicht gewesen, sich sofort ein Pfand rechtsgültig zu bedingen. Hätte der Debitor eine andere als diese sehr natürliche Absicht gehabt, so würde er sie ausgesprochen haben. Habe er dies nicht gethan, so sei zu vermuthen, dass auch er die sofortige Begründung des Pfandes für die Schuld beabsichtigte.

Man fühlt wohl das Gewicht dieser Darstellung. Ihre Bedeutung ist, die bis dahin für unerschütterlich erachtete Regel: das Pfandrecht könne der Schuld nicht vorausgehen, zu einer rein faktischen zu machen. [a])

[a]) Diese Stell wird von Jhering (Passive Wirkungen der Rechte, „Jahrb. für die Dogmatik“ Bd. X, p. 484, Anm. 100,) mit als Beweis citirt, dass die Quellen seiner Auffassung hinsichtlich der Lösung der hier fraglichen Schwierigkeiten vollkommen entsprechen. Diese Auffassung aber ist folgende:

„Der richtige Weg zum Ziel ist ein ungleich einfacherer, (NB. als der von Dernburg angegebene,) und vom römischen Recht wohl erkannt. Das Interesse, um das es sich bei dem Verhältniss handelt, ist vollkommen gewahrt, sobald es dem Verpfänder rechtlich unmöglich gemacht wird, die demnächstige Entstehung des Pfandrechts durch anderweite Pfandbestellung oder Verkauf der Sache zu gefährden. Dies geschieht aber vollständig durch unsern Begriff der passiven Gebundenheit. Es liegt hier wiederum ganz dieselbe rechtliche Situation vor, der wir schon so oft begegnet sind: ein in der Bildung begriffenes Rechtsverhältniss, dessen Abschluss nach Absicht der beiden Theile von einem in der Zukunft liegenden Thatumstand erwartet wird, ihm gegenüber auf Seiten des einen Theils die rechtliche Macht zu einem Eingriff in den natürlichen Entwickelungsprozess des Verhältnisses, als Mittel dieser Gefahr zu begegnen, die Entziehung jener Macht mittelst unseres Begriffs der Gebundenheit, und zwar, da es sich um ein dingliches Recht handelt, mittelst Gebundenheit der Sache. Kurz, es ist der Rechtsschutz des nasciturus, angewandt auf das Pfandrecht.“

[1]) pag. 223.

[b]) Regelsberger, welcher mit aller Schärfe den Satz aufstellt: „Als eine

Der Richter aber soll nach dieser Theorie auf den vermuthlichen Willen der Parteien zu achten haben. Von dieser freien Untersuchung soll sein Urtheil über die Existenz oder Nichtexistenz und Existenzmöglichkeit der Priorität des Pfandrechts abhängen. Auch mit dieser Auffassung kann sich die Kredithypothek retten. Nach dieser Theorie braucht man sich um die Art des Vertrages, welchem das Pfand als Bürgschaft dienen soll, nicht zu bekümmern. [1])

In der That widmet Dernburg der Anwendung der eben entwickelten Grundprincipien auf das, was er „Creditvertrag“ nennt, nur einen sehr geringen Raum. Der letztere Vertrag wird sehr summarisch in folgenden

fundamentale Regel müssen wir . . den Satz ansehen, dass das Pfandrecht ein accessorisches Recht ist und nur mit der Forderung, zu deren Sicherheit es bestellt ist, entstehen und bestehen kann“ (a. a. O. p. 8), erklärt andererseits, dass dieser Satz nicht für die Prioritätsfrage entscheide, dass vielmehr „die Priorität des Pfandrechts sich nach dem Zeitpunkt der Verpfändung bestimmt, wenn nur die Forderung, für welche Sicherheit verlangt und geboten wird, schon damals existent, oder wenigstens der Willkür der beiden Parteien oder auch nur eines Theiles entrückt war“ (a. a. O. p. 11).

Weil es „der Schuldner in seiner Macht hatte, die Annahme des Geldes zu verweigern“, sei die in der l. 4 D. 20. 3 und der l. 11 pr. D. 20. 4 getroffene Entscheidung richtig. Vergl. Goldschmidt Handb. des Handelsr. Bd. I, 2. Abth. p. 905: „Für bedingte oder betagte Forderungen entsteht das Pfandrecht . . erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins, ebenso ein Pfandrecht für anderweitige zukünftige Forderungen, sofern deren Entstehung dem Belieben beider Theile überlassen war. Ist dagegen der künftige Schuldner oder auch nur der künftige Gläubiger gebunden, so datirt, sofern später die Forderung zur Existenz gelangt, das vorher bestellte Pfandrecht bereits vom Augenblick seiner Bestellung. Dies gilt namentlich hinsichtlich der sg. Credithypotheken, das sind Pfandrechte für Forderungen aus fortlaufenden Creditverhältnissen insbes. aus laufender Rechnung.“ vergl. jedoch § 47 unten.

[1]) Auf die hier dargestellte Rechtsanschauung stützt sich ein Urtheil des niederländischen hohen Raths (Cassationshofs) vom 22. Dec. 1871 (W. v't. R. No. 3414), welches die Rettung der Kredithypotheken geworden ist. Das Urtheil drückt sich folgendermassen aus: „In Erw. dass nach art. 1208 des bürgerl. Gesetzb. eine Hypothek dazu dient, durch die damit belasteten unbeweglichen Güter die Zahlung einer Verpflichtung zu sichern;

dass sie nach art. 1220 al. 1 des bürgerl Gesetzbuchs nur auf gegenwärtige Güter gelegt werden darf, dass aber nirgends bestimmt ist, dass sie nur zur Sicherung einer bereits vorhandenen Verpflichtung, also zur Sicherung einer zur Zeit ihrer Begründung bereits bestehenden Schuld dienen könne;

dass vielmehr das Gegentheil aus den artt. 390, 420 und 506 des bürgerl. Gesetzbuchs folgt, worin der aufsichtsführende Vormund und der Curator thatsächlich verpflichtet werden, am Anfange ihres Amtes eine Hypothek zur Sicherheit ihrer künftigen Verwaltung oder Aufsicht und der daraus vielleicht entstehenden Schuld zu bestellen;

dass allerdings durch den angezogenen art. 491 der bürgerl. Proz.-Ordnung für die Zwangsversteigerung ein Urtheil oder ein anderer executorischer Titel erfordert wird; dass jedoch in dem angefochtenen Bescheid mit Recht angenommen ist, dass eine Kredithypothek, in Verbindung mit dem Beweise der Schuld, hinsichtlich der Execution einer gewöhnlichen Hypothek gleichstehe, und dass damit weder der letztgenannte, noch die beiden andern nicht hierher gehörigen, jedoch citirten Artikel verletzt worden sind.“

Obschon das Urtheil uns quoad dictum richtig vorkommt, sind wir von den Entscheidungsgründen nicht befriedigt.

Regeln von ihm dargestellt:[1]) „Hierbei eröffnet ein Banquier einem Kaufmann oder Speculanten einen limitirten, selten einen unlimitirten Credit auf unbestimmte Zeit oder auch auf Kündigung. Ein solcher Credit wird in der Regel nicht auf einmal, sondern nach Bedürfniss des Creditnehmenden benutzt. Der Creditnehmer gibt Tratten auf den Credit gebenden Banquier ab, die dieser honorirt, lässt den letzteren für seine Rechnung Zahlung leisten, dagegen remittirt er ihm Wechsel zum Incasso auf seine Debitoren, schickt ihm flüssige Gelder oder sonstige Werthpapiere zur Ausgleichung. Es bildet sich ein Rechnungsverhältniss, das im kaufmännischen Leben unter dem Namen „Contocurrent" bekannt ist." Man sieht — auch hier lässt das Contocorrentverhältniss den unvermeidlichen Banquier sofort wieder auftauchen.

In diesem engen Gedankengange fortschreitend, unterscheidet jener Schriftsteller 3 Fälle. Zunächst kann sich der Banquier verpflichtet haben, für eine bestimmte Zeit Kredit zu geben. Dann ist die Hypothek für den am Ende dieser Zeit ihm geschuldeten Saldo ohne Zweifel gültig. Durch diese sachliche Bürgschaft suchte er Credit zu empfangen und mit Hinblick darauf wurde er gegeben. Was die Parteien beabsichtigen, unterliegt keinem Bedenken.

Die gleiche Entscheidung muss auch für den zweiten Fall gelten, wenn sich nämlich der Banquier auf Kündigung verpflichtet hat. Diese Nebenbestimmung des Vertrages hindert die Gebundenheit des Kreditgebers nicht. Diese hängt wiederum mit dem vermuthlichen Willen der Parteien hinsichtlich der sofortigen Gültigkeit der Hypothek zusammen.

Einen dritten Fall endlich hält jener Schriftsteller für etwas zweifelhafter. Es wird unterstellt, der Banquier habe Kredit für bestimmte Zeit zugesagt. Es wird ihm eine Hypothek bestellt. Nach Ablauf dieser Zeit ist der Banquier voll gedeckt. Durch die Fortdauer der gegenseitigen Geschäfte entsteht aber eine neue Saldoschuld. Auch dafür haftet die ursprüngliche Hypothek. Hier nun entsteht die Frage, von welchem Datum an sie haftet. Soll man die Hypothek als auf's Neue bestellt ansehen, wenn, sei es auch nur stillschweigend, das Kreditverhältniss fortgesetzt wird? Oder gilt die alte Hypothek für die neue Saldoschuld? Dernburg entscheidet diese Frage im letzterem Sinne. Nach ihm haben die Parteien die Absicht, die Creditbeziehung während geraumer Zeit fortdauern zu lassen. Weiter liege es in ihrer Absicht, dass die Hypothek als Sicherheit für alle zwischen ihnen bestehenden Verpflichtungen dienen solle. Die Hinzufügung eines zeitlichen Endpunktes der Creditbeziehung gebe nur dem Banquier das Recht, bei veränderten Umständen, die Creditbeziehung abzubrechen. Das Pfandrecht aber lasse sie unberührt. Durch die hier dargestellte Theorie, wenn sie auch nicht unbestritten blieb,[2]) ist Windscheid bekehrt worden. „Ich glaube", so

[1]) Pfandrecht I, p. 535.

[2]) Vgl. insbesondere: Scheurl in Krit. Vierteljahrsschr. 2 p. 503, 504. Auch Puchta Vorles. I, p. 440: „Gewöhnlich zieht man die Frage in's Vage, indem man darauf sieht, ob eine Verbindlichkeit zur Eingehung der Obligatio von einer

drückt er sich aus, [1]) „dass in dieser Dernburg'schen Auffassung ein wahrer Kern liegt, und demgemäss nehme ich die früher (in dem Archiv für civ. Prax. 35 p. 51) von mir vertretene Meinung zurück." Dazu bemerkt er, dass man in der Dernburg'schen Theorie: „Hülfe hat für die armen Credithypotheken, welche nun schon so lange nach einer theoretischen Rechtfertigung ihres Altersvorzuges suchen." [2]) [a])

Letztere Aeusserung des strengen Pandectisten ist in der That merkwürdig. Sie thut auf's Neue dar, wie es allerdings sich schon früher in der letzterwähnten Abhandlung von Windscheid gezeigt hatte, wie sehr der moderne Rechtsbegriff nahe daran ist, der Schul-Doctrin sich zu entziehen. Wo man diese Erscheinung wahrnimmt, kann man sich darauf verlassen, dass die Theorie bald nachfolgt.

§ 46. Kredithypothek. — Billigkeit.

Die Vorläufer der auf der Hand liegenden Schwenkung findet man in einer Rechtsanschauung, welche ihre Stütze in der Billigkeit, oder besser: in der unzweifelhaften Aeusserung des Rechtsgefühls sucht. Von diesem Gesichtspunkte aus wird die Existenzberechtigung und die Priorität der Kredithypothek von verschiedenen Rechtslehrern behandelt. Ohne es auch nur zu versuchen, den Sinn der römisch-rechtlichen Quellen

oder beiden Seiten vorhanden ist oder nicht. Hiernach würde bei einem pactum de mutuo dando, wenn schon jetzt das Pfandrecht bestellt würde für das künftige mutuum, dieses schon von jetzt an datiren. Dies ist falsch."

Diese Anmerkung wurde jedoch von Rudorff (ibid. Anm. 2) bekämpft: „Da im heutigen Recht das pactum de mutuo dando, der promissio gleichsteht, so muss man offenbar auch das für die Rückzahlung des Darlehns bestellte Pfandrecht von dem Vertrag, nicht von dem Empfang des Geldes datiren."

Schwankend dagegen ist Sintenis, Civilr. I, p. 650 Anm. 3 in fine: „Dieses (dass nämlich das Pfandrecht abhängig sei von der vermuthlichen Absicht der Parteien) ist es, was nicht, resp. nur so weit zugegeben werden kann, als der Wille nicht den unabänderlichen Grundsätzen von den nothwendigen Voraussetzungen des Pfandrechts entgegen wirken kann."

[1]) Pandectenr. I, p. 710 Anm. 8.

[2]) ibid. Anm. 8 in fine.

[a]) Mir scheint jedoch die Kritik, welche Jhering a. a. O. p. 483 Anm. 99 gegen die Dernburg'sche Theorie ausspricht (vergl. auch mit Jhering gegen Dernburg das Lehrb. des Pandectenrechts v. Windscheid 4. Aufl. Bd. 1, § 225 Anm. 7 pag. 720), sehr beachtenswerth: „Derselbe scheint sich übrigens mit sich selbst in Widerspruch zu befinden. Nach S. 521 hat der Eigenthümer das Recht, „die Sache schon im Voraus mit einem Pfandrecht zu belasten", nach S. 526 existirt ein solches Pfandrecht nur für den Fall künftigen Entstehens der Pfandschuld, das Verhältniss ist „in pendenti", während es auf Seite 527 wiederum erlischt, als hätte es nie bestanden, so wie gewiss wird, dass die erwartete Schuld nicht zur Existenz kommt." Nimmt man dazu noch (von S. 527) hinzu, dass „der Hypothekengläubiger die act. hypothecaria noch nicht hat" und dass das Verkaufsrecht stets erst mit der Existenz, dem Fälligwerden der Pfandschuld eintreten kann", so dürfte es wohl keinem Zweifel unterliegen, dass er, während er nominell sich für die Annahme des Pfandrechts ausspricht, thatsächlich mit der Ansicht von Regelsberger, die er S. 518 Note 2 so weit zurückweist, übereinstimmt."

zu erforschen, huldigt ihre Lehre den unzweifelhaften Forderungen des Verkehrs.

So Gesterding:[1]) „Ist der Gläubiger vollkommen verpflichtet, seinem Versprechen ein Genüge zu leisten, so dass es nicht von seinem Willen abhängt, ob er Gläubiger werden will, so haben die Gesetze es billig befunden, dass das Pfandrecht von der Zeit der Bestellung, und nicht erst von der Zeit der contrahirten Hauptschuld anhebe, ohne dass es in diesem Falle weiter darauf ankommt, ob es in der Macht des Schuldners stehe, auch nicht Schuldner zu werden. Der Gläubiger hat das Versprechen, wodurch er zum Gläubiger werden soll, im Vertrauen auf die Sicherheit geleistet, welche das Pfand gewährt, was der künftige Schuldner ihm für seine künftige Forderung eingesetzt hat, und während es in die Macht des Schuldners, oder vielmehr desjenigen, der es werden will, gegeben ist, ihn zu nöthigen, sein Versprechen zu erfüllen, darf es demselben nicht erlaubt sein, die Sicherheit, auf welche der Gläubiger baute, zu schmälern, oder sie ihm ganz zu entziehen. Wie unbillig würde es nicht sein, wenn der Schuldner, oder der es sein wird, welcher den Gläubiger zwingen kann, sein Wort zu halten, von seiner Seite zum Nachtheil des Gläubigers die verpfändete Sache Anderen verpfänden, oder sie veräussern dürfte, ohne dass sie mit der Last eines noch nicht darauf haftenden Pfandrechtes auf den neuen Erwerber überginge, — wenn es ihm also gestattet wäre, sein Wort zu brechen; das dürfte er aber, finge das Pfandrecht erst mit dem Augenblicke der wirklich contrahirten Schuld an, indem er sich die Zwischenzeit zu Nutzen machte, allerdings. Darum also fängt das Pfandrecht in diesem Fall schon von dem Augenblick der Bestellung an.“

„Vangerow[2]) drückt sich auf gleiche Weise aus: „Aus l. 1 pr. 20. 4 geht das Princip hervor, dass, wenn bei einer künftigen Schuld, für welche schon jetzt im Voraus ein Pfand bestellt ist, der künftige Gläubiger gezwungen werden kann, Gläubiger zu werden, das Pfandrecht von dem Augenblicke der kontrahirten obligatio an beginnt, sollte es auch in dem Willen des künftigen Schuldners liegen, Schuldner werden zu wollen oder nicht. Dies ist auch offenbar ganz in der Ordnung, denn es würde ja die schreiendste Unbilligkeit sein, wenn der künftige Schuldner, welcher den Gläubiger in jedem Augenblick zwingen kann, sein Wort zu halten, von seiner Seite zum Nachtheil des Gläubigers die verpfändete Sache veräussern oder weiter verpfänden könnte.“

Arndts[3]) schreibt die letztere Motivirung wörtlich ab zur Erläuterung der von ihm aufgestellten Regel: „Der Anfang des für eine künftige Forderung voraus bestellten Pfandrechts ist zurückzurechnen, wenn die wirkliche Entstehung der Forderung nicht der Willkür des Verpfänders überlassen ist. Aber auch, wenn nur der Gläubiger gebunden

[1]) Pfandrecht p. 45, cf. Windscheid Arch. f. civ. Pr. 35 p. 63.
[2]) Pandectenr. I § 372, Anm. 3, p. 838.
[3]) Pandectenr. § 384, p. 645.

war, das Geschäft einzugehen, woraus ihm die Forderung entsteht, muss Dasselbe gelten."

Etwas specieller endlich setzt Windscheid den Einfluss auseinander, welchen der hier angedeutete Gedankengang auf die rechtliche Anschauung hinsichtlich der Kredithypothek haben müsse. Nachdem er bemerkt, dass die völlige Existenzunmöglichkeit von Einigen immer noch festgehalten werde, fährt er folgendermassen fort: [1]) „Das nicht reflectirende Rechtsgefühl wird sich immer dagegen sträuben. Dasselbe wird nie die Unbilligkeit zu verwinden vermögen, die es darin findet, dass Einer über das Vermögen des Andern disponiren und die ihm dafür bestellte Sicherheit verbringen könne. So hat denn auch die französische und rheinpreussische Praxis sich fast ohne Schwanken für den Vorzug der Credithypothek entschieden. Nun bin ich zwar sehr weit davon entfernt, den Satz aufzustellen, dass man einem Rechtsgefühle Rechnung tragen solle, auch wenn man es juristisch nicht rechtfertigen könne. Und ich würde mich, wenn ich der Meinung wäre, dass sich dasjenige, welches sich hier geltend macht, nicht rechtfertigen liesse, nicht scheuen, dem Gläubiger zu sagen, dass er selbst das Harte verschulde, was er erleide, indem er von einem Contracte erwartet habe, was derselbe, seiner juristischen Natur nach, zu leisten nicht im Stande sei. Aber verachten soll der Jurist die Rechtsgefühle auch nicht. Häufig trifft auch das nicht reflectirende Gefühl das Wahre. Es darf nicht Mass des Wahren sein wollen, aber es kann das Wahre enthüllen. So gereicht es vielleicht dem Satze, den ich in dieser Abhandlung vertheidigt habe, zur Empfehlung, dass es dem Rechtsgefühle, mit dem wir es hier zu thun haben, die Versöhnung entgegen bringt. Nach demselben ist allerdings dem Gläubiger, der zum Gläubigerwerden gezwungen werden konnte, ein nicht mehr zu verkümmerndes Pfandrecht zuzusprechen; nur nicht ihm allein, sondern ebenso auch dem, der dazu nicht gezwungen werden konnte. Jenes Gefühl hat also das Wahre nur zu enge gefasst; es hat sich begnügt, es für den Fall auszusprechen, in welchem das Gegentheil auffällige Folgen haben würde."

Dieser Satz stimmt mit dem allgemeinen Resultate Windscheid's überein, welches wir oben [2]) nachgewiesen haben. Uns ist es hier wenigstens nicht darum zu thun, sondern um den Standpunkt dieses Schriftstellers gegenüber dem Werthe und der Bedeutung des Rechtsgefühls. Dieser Standpunkt ist eigenthümlich. Windscheid liebt die juristische Interpretation. Die Huldigung aber, die er dem natürlichen Rechtsgefühl darbringt, zeugt von entschieden nicht geringerer Anhänglichkeit. Bei dieser Stimmung liegt es auf der Hand, dass er nach einem Auswege sucht. Er lässt sich sogar herbei, im Voraus zu zeigen, in welcher Richtung die Lösung gefunden werden wird. Allerdings wird ein Gedanke in den Vordergrund gestellt, welcher an das bekannte Losungswort: vivent les

[1]) Archiv für die Civ.-Praxis 35, p. 77.
[2]) pag. 219.

principes, perissent les colonies! erinnert. Aber unverholen zeigt sich seine Genugthuung, dass er ein Mittel angeben könne, wodurch die Principien nicht erliegen, und namentlich die Colonien nicht verloren gehen. Eine solche Auffassung ist steif und unbiegsam in abstracto. In concreto aber ist sie milde und biegsam. Gerade darum ist sie für das wirkliche Rechtsleben, in ihrer Anwendung auf den thatsächlichen Verkehr, nicht zu fürchten. Letzterer wird nicht ausschliesslich von einer Anschauung beherrscht, welche sich auf das abstracte Gebiet beschränkt und selbst die Grenzen nachweist.

Die eigentlichste und natürlichste Hülfe in solchen Fällen würde ein Ausspruch des Gasetzgebers sein. Dieser hätte eine Vorschrift zu erlassen, welche die Rechtsdoctrin zwingt, nach diesem Ausdruck des Rechtsgefühls sich zu richten. Es ist denn auch nicht zufällig, dass Windscheid seine Vorliebe für eine solche Regelung unverholen durchschimmern lässt. „Der von P. F. Reichensperger, sagt er, [1]) im amtlichen Auftrag ausgearbeite Entwurf einer Abänderung des französischen Hypothekenrechts für die preussische Rheinprovinz (Cöln 1851) will den Vorzug der Credithypothek ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen wissen. Auf eine juristische Rechtfertigung derselben hat er verzichtet. Die Gründe, welche er dafür geltend macht, — das Bedürfniss des Handels, sodann, dass der spätere Contrahent die in der Inscription bezeichnete Creditsumme als erschöpft ansehen müsse, haben auch nur für den Gesetzgeber Werth.“

Einen scharfen Gegensatz zu der Auffassung, welche sich zur Stütze der Credithypothek auf das Rechtsbewusstsein beruft, bildet die Lehre von Philips.

Dass in der Annahme der Kredithypothek „eine sprechende Anerkennung der grossen Unbilligkeiten“ liegt, welche ihre Verwerfung mit sich bringen würde, leugnet er keineswegs. [2]) Ebensowenig hat er Sympathie für denjenigen, welcher die Existenz der Kredithypothek kennend, sie zu eigenem Nutzen, gegen besseres Wissen zu verdrängen sucht. Endlich ist er durchaus nicht geneigt, sich zu verhehlen, dass „diese und ähnliche Bedenken, gepaart mit dem grossen Interesse, welches der Handel an einem wohlgeordneten Credit hat, sehr schwer wiegen.“ Das Mass ist also vollgemessen. Trotzdem bleibt es bei diesen platonischen Betrachtungen. Die Kredithypothek hat in den Augen dieses Schriftstellers alles Vortheilhafte, nur nicht die Mittel, sich als solche geltend zu machen.

Bemerkenswerth ist die Richtung, welche zu diesem Resultat Anlass gegeben hat. Wir haben aber gesehen, welche Partei Windscheid erwählte, als er zwischen dem Dilemma: Rechtsgefühl oder Recht, zu wählen hatte. Ihm bieten sich zweierlei Lösungen dar. Beide sind ihm will-

[1]) Arch. f. d. civ. Prax. 35, p. 77, Anm. 60.
[2]) Themis 1855, p. 432.

kommen. In der Doctrin stellt er eine Rechtsregel auf (die Rückwirkung jeder Potestativbedingung), welche die Kredithypothek umfasst; wie es damit steht, sahen wir oben. [1]) Offenbar aber, und dieser Punkt ist hier an der Reihe, fühlt er sich zu der durchgreifenden Hülfe hingezogen, welche der Beruf und die Aufgabe des Gesetzgebers sein sollte.

In dieser Beziehung ist die Philips'sche Theorie bemerkenswerth. „Selbst unter Denen, sagt er, [2]) welche eine Rechtfertigung für unthunlich erachten, gibt es solche, die aus den genannten Gründen wünschen, dass die Gesetzgebung den Knoten durchhaue, und den Vorrang der Kredithypothek feststelle.

„Es ist erlaubt zu fragen, ob denn diese gesetzliche Feststellung immer für einen Begriff wünschenswerth ist, welchen man für juristisch unmöglich erachtet; oder ob man in einer Gesetzesbestimmung das für natürlich halten kann, was man in der Wissenschaft für ungereimt hält, dass nämlich das accessorium ohne das principale, die Folge ohne Ursache, ein Recht ohne seinen Inhalt bestehen könne? Und ob nicht vielmehr der unverkennbare Streit zwischen Recht und Rechtsgefühl darauf hinweist, dass wir die thatsächlichen Beziehungen nicht juristisch aufgefasst haben: dass wir uns in den Formen gefangen haben, und dass also der Wunsch nach der Intervention des Gesetzgebers nur ein Hülfsmittel für die eigene Unbeholfenheit sein soll?"

Daher — Verherrlichung des Rechts, auch wo es offenbar im Widerspruch steht mit dem Rechtsgefühl. Die Abstraction siegt über die Wirklichkeit.

Nebenbei nur weisen wir hier, da sich die Gelegenheit ungesucht darbietet, auf eine Anschauung hin, die unseres Erachtens reich ist an verhängnissvollen Folgen. Sie führt direct zu dem irrigen und mit den Principien der historischen Schule in scharfem Gegensatze stehenden Begriff, als sei das Recht eine für die Anwendung zugeschnittene auf unveränderlicher Offenbarung beruhende Formel. Sie hat zur Folge, dass das lebendige und belebende Element in der Rechtswissenschaft: der von dem Rechtsbewusstsein auf sie ausgeübte geheimnissvolle, aber unverkennbare Einfluss, in enge Grenzen beschränkt, wenn nicht überhaupt beseitigt wird. Wenn man sich das Recht als ein Fixum, als eine ein für allemal feststehende Grösse, welcher nichts zuzufügen und woran nichts abzunehmen ist, vorstellt, so ist es mit jeder Entwickelung der Rechtsbegriffe vorbei. Scheinbar unwandelbare Grundsätze glaubt man aufgestellt zu haben. In Wirklichkeit erhält man eine steinerne Mumie, die höchstens tauglich ist, in einem Antiquititätenmuseum beigesetzt zu werden.

Wir glauben daher auch darüber uns freuen zu sollen, dass bei uns zu Lande die Credithypothek als gültiger Posten auf dem Budget der Zukunft figurirt. Durch Erlass vom 9. Febr. 1867 ist eine Staatscom-

[1]) pag. 220 ff.

[2]) Themis 1855, p. 433.

mission berufen worden für die Ausdehnung der Gesetzgebung auf die Eigenthumsübertragung unbeweglicher Güter, das Hypothekensystem und das Notariat. Vor Jahren wurde der Bericht dieser Commission veröffentlicht [1]). Darin wird eine Aenderung des zweiten Absatzes von art. 1221 B. G. vorgeschlagen. [a]) Diese Bestimmung soll nämlich folgendermassen gelesen werden: „Wenn die Schuld bedingt, oder deren Grösse unbestimmt ist, oder wenn eine Hypothek zur Sicherheit eines eröffneten Credits, einer anvertrauten Vermögensverwaltung, oder von später dem Schuldner zuzustellenden Geldern bestellt ist, so hat die Hypothek nur Kraft bis zum Belaufe der bestimmten Summe, und zwar entweder der bei dem Akte angegebenen oder der im Urtheile festgestellten Summe. Diese Hypothek hat den Rang vom Augenblicke ihrer Einschreibung, ohne die Zeit zu berücksichtigen, zu welcher die Bedingung erfüllt, die Grösse der Schuld bestimmt ist, oder die Gelder schuldig geworden sind."

Höchst bemerkenswerth aber ist eine besondere Regelung der Credithypothek im Contocorrentverhältniss, welche wir der Aufmerksamkeit der künftigen Gesetzgeber, auch bei uns, empfehlen zu müssen glauben. Sie befindet sich in einem im Schweizer Canton Neufchâtel erlassenen Gesetze vom 21. December 1865 folgenden Inhalts [2]):

§ 1. „Seront réputés valables, l'hypothèque et le nantissement, donnés pour garantie d'une somme déterminée, mise en compte-courant à la disposition d'un tiers; mais par l'acceptation de l'hypothèque ou du nantissement et dès la date de ces actes, celui qui ouvre le compte-courant est constitué de plein droit, au profit de l'emprunteur ou de ses ayant-droits, débiteur de la somme garantie, sauf balance à établir au moment de la clôture du compte.

§ 2. En conséquence, si au moment de la clôture du compte, l'emprunteur n'a pas absorbé la totalité de la somme mise à sa disposition, le prêteur est tenu, s'il en est requis, de verser la différence: il est tenu de donner radiation de l'hypothèque ou de restituer le gage, si le compte se balance ou s'il solde en faveur de l'emprunteur.

§ 3. Si le bailleur de fonds venait à être déclaré en faillite avant que l'emprunteur ait épuisé son crédit, ou si, par une cause quelconque, il ne remplissait pas son engagement, la garantie sera réduite à la somme dont il se trouvera créancier au moment du règlement de compte, sans préjudice toutefois du droit de l'emprunteur de le contraindre, s'il y a lieu, à exécuter son engagement.

§ 4. Les dispositions ci-dessus ne sont point applicables aux compte-courants, dont le chiffre maximum n'est pas déterminé" [b]).

[1]) Bericht der Staatscommission u. s. w. Haag. 1870.

[a]) Der art. 1221 des bürgerl. Gesetzbuchs ist aber noch jetzt nicht abgeändert; eine zur Revision des bürgerl. Rechts in den Niederlanden ernannte Commission hat noch Nichts von sich hören lassen.

[2]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XII, Beilageheft p. 204.

[b]) Vergl. den in Goldschmidt's Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. IX, p. 128 mitgetheilten § 22 des Gesetzes des schweizer. Cantons Baselstadt über

§ 47. Credithypothek — Hypothek für Credit.

Es wird Zeit, dass wir unsere eigene Auffassung von der Credithypothek andeuten. Bei der Beurtheilung dieser letzteren muss nach unserer Ansicht der Nachdruck weniger auf die Hypothek, als auf den Credit gelegt werden. Merkwürdig ist die Erscheinung, dass in dieser Hinsicht die französische Doctrin ein ausnehmend practisches Rechtsbewusstsein zeigt. Sehr oft schlägt sie den richtigen Ton an, ohne sich allzusehr in die Definition der Begriffe, welche sie anwendet, zu vertiefen. Es entspringt hieraus eine wichtige Eigenschaft, aber auch eine nicht weniger wichtige Lücke dieser Doctrin. Das Resultat einer Darstellung kann für die thatsächliche Anwendung vorzüglich brauchbar sein, wenn auch die Grundlage, worauf sie sich stützt, nebelhaft ist. Es ist aber klar, dass ihr innerliches Widerstandsvermögen sich in demselben Grade vermindert.

Wir möchten diese Behauptungen mit einem unserem Stoffe entlehnten Beispiele unterstützen. Als Typus dieser Rechtsanschauung, welche uns auf richtigem Wege zu sein scheint, möge der Ausspruch von Pardessus über die Credithypothek dienen [1]: „Au moment de la convention,“ sagt er, „il est intervenu un contrat synallagmatique, dans lequel chacun a souscrit envers l'autre une obligation dont celle qui a été souscrite envers lui était la cause. Paul, à qui Pierre, banquier, s'est obligé d'ouvrir un crédit, est devenu créancier d'une obligation, qui consiste, de la part de ce dernier, à lui compter des sommes d'argent en telle quantité qu'il voudra, pourvu qu'elles n'excèdent pas le montant du crédit convenu. A l'inverse, ce même Paul a contracté envers Pierre, non pas une obligation éventuelle pour la restitution des sommes, qu'il prendra chez lui, mais une obligation principale de prendre, à l'intérêt convenu entre eux telle somme dans tel délai; en cas d'inexécution, il peut être poursuivi en dommages d'intérêts. On ne pourrait sérieusement prétendre que son obligation est nulle, comme purement potestative, puisqu'il ne peut impunément s'y refuser. Dès que le contrat est valable, l'hypothèque, qui en est l'accessoire, est aussi, comme toute hypothèque à garantir une obligation, conditionelle pour son existence.“

Gegen diese Darstellung erheben Windscheid und Philips gleiche Bedenken. Die des Ersteren lauten [2]: „Ich weiss nicht, ob es nöthig ist noch ausdrücklich zu bemerken, dass aus dem Angeführten eine Ver-

die Einrichtung eines Grundbuchs vom 16. April 1860: „Auch wenn Unterpfänder zur Sicherung bestimmter Summen eingetragen werden, die noch nicht bezahlt sind, haftet das Pfand bis zum Belauf der im Creditschein zugesicherten Summe, von dem Augenblick des Eintrags an, solange dieselbe nicht im Grundbuch gestrichen wird. Im Interesse der übrigen Creditoren eines solchen Creditscheinschuldners bleibt im Falle von dessen Concurs der Concursbehörde die Untersuchung vorbehalten, ob und inwieweit der betreffende Gläubiger die im Creditscheine enthaltene Summe in guten Treuen zu fordern hat.“

[1]) Dr. Commerc. III, No. 1137.

[2]) Arch. f. civ. Prax. a. a. O. p. 66.

pflichtung des Creditnehmers, Vorschüsse wirklich zu entnehmen, sich keineswegs ergibt. Wäre sie aber auch vorhanden, so wäre damit nicht das Mindeste gewonnen. Die Existenz der Hypothek würde deswegen nicht weniger von seinem Willen abhängen, weil er sich verpflichtet hätte, diesen Willen zu haben. Wer verpflichtet ist, seinen Willen zu binden, hat ihn deswegen noch nicht gebunden."

Philips drückt sich folgendermassen aus [1]): „Diese Behauptung (von Pardessus) ist in der That eine völlige Verkennung des Zweckes der Handlung; der Creditnehmer ist eben nicht verpflichtet, von seinem Credit Gebrauch zu machen, oder sollte dies auch bedungen sein, so führt auch dieser Fall nicht zu der Unterstellung, welche der Frage zu Grunde liegt."

In dieser Bemerkung der beiden letztgenannten Schriftsteller liegt der Irrthum, welchen wir im Laufe unserer Studie immer und immer wieder angetroffen, und nicht aufgehört haben zu bestreiten. Sie tritt unverkennbar in den Vordergrund, wo Philips behauptet [2]): „Wer einen Credit eröffnet, verbindet sich Darlehen zu geben." [3])

1) Themis a. a. O. p. 423.

2) a. a. O. p. 427.

3) Von derselben Grundidee gehen die „Rechtsgel. Gutachten" *) aus. Man liest da: „Die Geldleihe bei eröffnetem Credit unterscheidet sich darin von der gewöhnlichen Geldleihe, dass bei der letzteren nicht nur der Darleiher verpflichtet ist, das Geld zu geben, sondern auch zugleich der Entleiher es zu empfangen, während bei der ersteren wohl der Creditgeber Geld zu geben, keineswegs aber auch der Creditnehmer es zu empfangen gehalten ist."

Betrachten wir diesen Gegensatz einen Augenblick näher. Um zu glauben, dass bei dem Contract: mutuum „nicht nur der Darleiher verpflichtet ist, das Geld zu geben, sondern zugleich der Entleiher es zu empfangen," muss man der Meinung sein, dass dieser Contract Consensualvertrag sei. Diese Ansicht wird von sehr angesehenen Rechtsgelehrten aufgestellt. In Ihering's Jahrbüchern wird sie von Demelius †) vertreten, während Unger die allgemeine Regel ausspricht: §) „Es gibt auch," sagt er ibid. § 14, „im heutigen Recht Verträge, welche erst durch die Hingabe (res, datio) zu Stande kommen: Realverträge, und zwar benannte und unbenannte. Dieser modus contrahendi findet überall statt, wo das ganze Geschäft, das Geben und Nehmen in obligatorischer Absicht, lediglich den Vortheil des Empfängers bezweckt. In allen übrigen Fällen, somit, wenn das Geschäft nur oder doch auch den Vortheil des Gebers bezweckt, wird der Vertrag nudo consensu geschlossen."

Getreu diesem Grundgedanken nennt Unger **) die unentgeltliche Geldleihe reell, die gegen Zinsvergütung consensual: „Das entgeltliche (verzinsliche) Darlehen ist gleich der entgeltlichen Sachleihe im heutigen Recht ein Consensualcontract, da es als Capitalmiethe gleich der Sachmiethe ein einfaches Geschäft ist, welches den beiderseitigen Vortheil der Contrahenten bezweckt, daher auch der Capitalmiether den bedungenen Zins für eine gewisse Zeit entrichten muss, wenn er gleich die Darlehenssumme nicht entgegennimmt." Der Dresdener Ent-

*) VI. pag. 91.

†) Realcontracte im heutigen Recht III. p. 399: „Ich muss die Existenz des römischen Begriffs vom Realcontract für's heutige Recht leugnen und consequenter Weise nicht nur für die unbenannten, sondern auch die vier benannten Contracte." ibid. p. 401.

§) Ihering's Jahrbücher, Realcontracte im heutigen Recht VIII, p. 1.

**) a. a. O. p. 15.

Wenn in dem Vorhergehenden unser Zweck auch nur einigermassen erreicht ist, so ist die Unrichtigkeit dieses Satzes und sind die daran geknüpften Bedenken von selbst klar. Wer einen Credit eröffnet, verpflichtet sich so wenig zu leihen, als zu kaufen, zu vermiethen, oder dergleichen mehr. Zwischen den letzteren Verträgen und dem Contract: mutuum ist der Abstand nicht weniger gross, als zwischen diesem Con-

wurf ††) geht sogar noch weiter. Er leugnet (mit Unrecht) die Existenz von Realcontracten für das heutige Recht §§).

Gehen jene Gutachten also bei der Unterscheidung, die sie machen, von diesem Gedanken aus (was nicht erhellt), so ist das erste Glied des aufgestellten Satzes völlig richtig. Unrichtig hingegen würde dann das zweite Glied sein. Denn wenn der Begriff: Credit dem Begriffe: mutuum völlig gleichsteht (was wir bestreiten, weil jener Begriff stärker als der letztere ist), so würde ihr Satz: „bei der Crediteröffnung ist der Creditgeber wohl verpflichtet, Geld zu geben, aber der Creditnehmer nicht, es zu empfangen“ fallen. Bei der Voraussetzung jedoch, dass diese beiden Begriffe übereinstimmen, wird kein Unterschied zwischen den beiden Contracten zu finden sein. Steht der Contract: mutuum dem Contract: Credit gleich, so sind sie demnach beide Consensualverträge. Dann lässt die Hypothek für die rechtlich bestehende Verpflichtung zur Geldleihe oder zur Creditgewährung (welche Ausdrücke in dieser Voraussetzung promiscue gebraucht werden können) nichts zu wünschen übrig.

Oder sollte der eigentliche (nicht genannte) Kern jener Gutachten sein, dass die Crediteröffnung nicht mit dem vollzogenen Contract: mutuum, sondern mit dem pactum de mutuo dando übereinstimmt? In diesen Fällen sind wir aus zwei Gründen bestimmt anderer Ansicht:

1. Nennt man den Contract: mutuum einen Consensualcontract, so ist zwischen diesem Vertrage und dem pactum de mutuo dando hinsichtlich der Rechtsfolgen kein Unterschied. Erkennt man aber die Existenz eines solchen Unterschiedes an, so muss das mutuum als Realcontract aufgefasst werden. Erst dadurch kann das pactum de mutuo dando unverpflichtend werden. So ist auch die Construction Unger's (Ihering's Jahrbücher a. a. O. p. 9 u. 10): „Aus inneren Gründen stützt sich die obligatio ex contractu auf die res und hat diese zu ihrer unerlässlichen Voraussetzung und nothwendigen Unterlage, wenn sich ohne das Genommen haben eine Verpflichtung gar nicht denken lässt, wenn also aus materiellen Ursachen, welche zu allen Zeiten und an allen Orten wiederkehren, dari aliquid necesse est, ut substantiam capiat obligatio. — Da Niemand gezwungen werden kann, zu seinem eigenen Vortheil zu handeln, und in seinem eigenen Interesse zu nehmen, so ist der Promittent immer noch Herr seines Schicksals: er ist weder verpflichtet zu nehmen, noch ist er verpflichtet, ohne zu nehmen; er bindet sich nur, insofern und insoweit er nimmt. — So kann Derjenige, dem eine Sache zu leihen versprochen wurde, durch Ablehnung der Uebernahme und Verzichtleistung auf den Gebrauch, jeder Verpflichtung aus dem Wege gehen“

Es würde also bei diesen Ansichten in der Auffassung des mutuum, im Gegensatze zu dem pactum de mutuo dando, ein Zwiespalt bestehen. Hinsichtlich unserer Bestreitung aber der Gleichstellung selbst verweisen wir

2. auf pag. 63 u. 70 Anm. 1 oben. Damit scheint uns die Grundlage der ganzen Darstellung erschüttert zu sein.

††) von welchem pag. 181 oben die Rede war.

§§) Protocolle Thl. I, p. 200 ff, p. 244; Thl. III, p. 2010 ff. Hinsichtlich der Verbrauchsleihe lautet der Entwurf art. 523: „Durch den Darlehnsvertrag wird der Darleiher dem Erborger (Anleiher) zur Uebertragung des Eigenthums an den als Darlehen versprochenen beweglichen Sachen, der Erborger dagegen dem Darleiher verpflichtet, die Sachen, welche er von Letzterem als Darlehen erhalten hat durch Sachen der nämlichen Art in gleicher Güte und Menge zurückzuerstatten.

tract und dem Begriff: Credit, wie ihn der Handel entwickelt hat. Wer einen Credit eröffnet, schliesst eine wahre gegenseitige Verpflichtung. Er ist zum Geben, der Andere zum Empfangen von Credit gehalten. Beide können, wenn nöthig, gerichtlich dazu angehalten werden.

Damit sind wir auf bekanntem Gebiet. Der Contocorrentvertrag ist die auf gegenseitige Creditgewährung gerichtete Uebereinkunft. Hier besteht also der synallagmatische Charakter des Vertrages in der Gegenseitigkeit, welche vereinbart ist. Will A in ein Contocorrentverhältniss mit B treten, so sagt er nicht nur zu ihm: ich nehme und erhalte von Dir Credit. Er sagt zugleich: ich gebe und Du empfängst von mir Credit. Dass diese beiden Absprachen durch eine Hypothek gesichert werden können, erhellt von selbst. Dass und warum dies in der Regel nur hinsichtlich der einen Absprache der Fall sein wird, haben wir bereits gezeigt.

Fragt man daher: was die Hypothek zu sichern habe, so antworten wir: den Credit, den die Parteien einander versprechen. Letzterer ist die Schuld, deren Verwirklichung der Contocorrentsaldo ist. Damit verschwindet auf eine eben so natürliche als regelrechte Weise jede Schwierigkeit. Dass die römischrechtlichen Quellen uns hier nicht helfen können, ist nicht zu verwundern. Die Römer kannten den modernen Credit nicht, wenn ihnen auch ein unbestimmtes Bewusstsein hiervon nicht unbekannt war. Ebenso klar aber ist es, dass die Lehre von der Potestativbedingung, sogar die Untersuchung nach der Priorität des Pfandrechts [a]) hier keine Anwendung finden kann. Wer Credit will und erlangt, macht dieses sein Begehren zum Inhalt der Uebereinkunft, die er eingeht. Wenn er Gelder aufnimmt, thut er nicht etwas, was er ebenso gut hätte lassen können. Er ist Kraft seiner Absprache zu dieser Aufnahme verpflichtet. Andererseits geht der Pfandvertrag der Uebereinkunft nicht voraus. Beide werden im Gegentheil unmittelbar nacheinander geschlossen. Die Hypothek sichert den Begriff: Credit, welcher, weit davon entfernt eine Abstraction zu sein, durch die schöpferische Kraft des Handels zum Rechtsobject geworden ist [1]).

[a]) Hinsichtlich der Frage nach dem Range der Credithypothek, welche übrigens in vielen Staaten nach dem vielfach zum Gesetz erhobenen sg. Locusprincip hinfällig geworden ist, vergl. in der französischen Theorie und Praxis M. D. Dalloz, ainé répert. méth. No. 66: „l'effet de l'hypothèque remonte à la date de l'inscription"; Ledru Rollin, rép. gén. No. 63; Feitu, a. a. O. No. 350: „La question est maintenant résolue d'une manière unanime par la jurisprudence" unter Verweisung auf die Entscheidungen der cour de cassation vom 21. Nov. 1849 (S. V. 50, I. 91) und vom 8. März 1853 (S. V. 1855. I. 214) Henri Da a. a O. p. 271; Aubry & Rau, Cours de droit civil français 4. Ausg. Paris 1869, tom III, p. 283, ebenso, unter Aufgabe ihrer gegentheiligen, in den früheren Auflagen ihres Werkes wiedergegebenen Ansicht, und unter Berufung auf zahlreiche Urtheile u den art. 4 des Gesetzes vom 10. Juni 1853, welcher die Frage hinsichtlich der sociétés de crédit foncier ebenso gelöst hat.

[1]) Handelsr. p. 507.

Die handelsrechtliche Doctrin in Deutschland verkündet aus diesen oder ähnlichen Gründen die völlige Existenzberechtigung der Credithypothek. Ohne viele Umschweife sagt Brinkmann: „Besonderer Erwähnung bedarf nur noch die Bestellung einer Hypothek insofern, als deren Alter nicht von der Entstehung der einzelnen Creditposten, sondern von der Begründung des Contocorrentverhältnisses (beziehungsweise der Hypothekenbestellung für dasselbe) im Verhältniss zu anderen Hypothekargläubigern datirt.“

Mehr im Detail ausgearbeitet zeigen sich die nämlichen Ideen bei Endemann[1]: „Der Crediteröffnungsvertrag hat sein unmittelbares Object in dem Credit selbst. Schon mit dem Vertragsschlusse selbst ist der Creditnehmer als solcher, d. h. weil er Credit genommen hat, wirklich Schuldner. Oder mit andern Worten: die Hypothekenbestellung ist nicht mehr sowohl eine accessorische Verbindlichkeit für die auf Grund jenes Vertrags zu entnehmenden Darlehn, Vorschüsse u. s. w., als vielmehr die Gegenleistung für den von dem Creditgeber zur Verfügung gestellten Credit. Mit voller innerer Nothwendigkeit ergibt sich mithin der dem Resultat nach im Handelsrecht unvermeidliche Satz, dass für eine Crediteröffnung mit voller Wirkung vom Tage des Vertrags an Hypotheken bestellt werden können. Dasselbe gilt dann folgeweise für das Contocorrentverhältniss. Nicht blos für die einzelnen Creditposten, oder für den Saldo, sondern für den ganzen Umfang des Geschäftsverkehrs mag der Banquier das Alter der Hypothek vom Tage ihrer Constituirung datiren.“

Ebenso Laband[2]: „Hervorzuheben ist der practisch bedeutsame Fall, dass das Pfand unter Kaufleuten, welche in einem Contocorrentverhältniss stehen, mit Rücksicht auf dasselbe bestellt wird. Es kann in einem solchen Falle vorkommen, dass für ein einzelnes Geschäft, durch welches der Credit des einen Kaufmannes vorübergehend in Anspruch genommen wird, ein Pfand gegeben wird; alsdann haftet das Pfand auch nur für die hieraus resultirenden Verpflichtungen, und wird mit Abwicklung dieses Geschäfts liberirt. Gewöhnlich aber wird das Pfand für das Contocorrentverhältniss im Ganzen und für den Credit, den der eine Betheiligte dauernd von dem andern in Anspruch nimmt, constituirt; namentlich wenn ein eigentlicher Contocorrentvertrag zwischen den Parteien abgeschlossen ist.“

Creizenach[3]) endlich ist in der Hauptsache der nämlichen Ansicht. Es wird sich aber gleich zeigen, dass der durchlaufende Fehler seiner theoretischen Construction: die Verkennung der Art und des Wesens des Begriffes: Credit, auch hier merkbar hervortritt. Er sucht in dem Contocorrentvertrag die Stütze für die Gültigkeit einer Sicherung

[1]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. IV, p. 211.

[2]) Das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. IX, p. 255,

[3]) Archiv f. pract. Rechtsw. IV, p. 31.

desselben. „Es steht fest,“ sagt er [1] [a]), „dass den einzelnen Credit- (richtiger Contocorrent-) Geschäften ein primitiver Vertrag vorhergeht, dessen Object die abzuschliessenden Geschäfte in ihrer Gesammtheit, als Geschäftseinheit betrachtet, sind, dass die Sicherheit für die diese Geschäftseinheit componirenden Geldverbindlichkeiten, die als eine einzige Geldverbindlichkeit erscheinen, bestellt wird, dass die Credithypothek wie jede andere ganz für diese ganze Verbindlichkeit, und ganz für jeden Theil derselben haftet, dass das Resultat aller in Gemässheit dieses Vertrags abzuschliessenden Geschäfte in ihrem Complexe erst die Grösse der eingegangenen Verbindlichkeit reguliren, dass vor Feststellung des definitiven Rechnungsergebnisses keine Zahlung auf einen bestimmten Schuldposten, keine Imputation stattfindet, dass also die Verpflichtung des Correspondenten und Hypothekarschuldners niemals aufgehört hat, so lange als das Contocorrentverhältniss dauert, selbst wenn er in der Zwischenzeit mehr an den Hypothekargläubiger zu fordern haben sollte, als dieser an ihn, dass während dieser Zeit von einer Compensation so wenig, wie von Imputation der Zahlungen die Rede sein kann, dass also mit einem Worte die Hypothek fortbesteht, sowohl weil für sie keine einzelne Verbindlichkeit constituirt, als weil keine Verbindlichkeit getilgt worden ist. Erst wenn es sich bei Abschluss des Contocorrents zeigt, dass der Hypothekenbesteller nichts schuldig ist, fällt die Hypothek selber weg und zwar ex tunc, sowie umgekehrt, wenn ein Saldo zu seinen Lasten sich ergibt, die Hypothek auch ex tunc, vom Augenblick ihrer Perfection an, wie es die Gesetzgebung feststellt, besteht. Keine zeitgemässe Hypothekenordnung kann aber die Verunterpfändung eines Grundstücks für eine künftige oder gar eine erst später zu liquidirende Forderung untersagen.“

Das Alles ist richtig. Es ist aber durchaus nicht gleichgültig, wie man den Contocorrentvertrag auffasst [b]). Um dies zu zeigen, machen wir auf den oben [2]) erwähnten dritten Fall aufmerksam, welcher Dernburg am zweifelhaftesten schien. Unsere eigene Ansicht hierüber braucht nicht breit auseinandergesetzt zu werden. Es kommt uns nämlich vor, als ob der letztgenannte Gelehrte, wie befriedigend auch seine Antwort sei, bei der Stellung der Frage sich zwecklose Mühe gegeben habe. Diese kann einfacher und wohl so formirt werden: wie lange dauert eine Credithypothek?

Unsere Antwort lautet: gerade so lange, als ihr Objekt, der Credit

[1]) a. a. O. p. 71.

[a]) Vergl Creizenach (1873) p. 51/52, wo im Wesentlichen das Nämliche ausgeführt wird.

[b]) Vergl. hierzu das interessante Urtheil der cour de cassation vom 29. Dec. 1870 (D. P. 1881 I 54), wonach „l'hypothèque qui serait intervenue au cours des opérations garantirait tout le solde, lors même que celui-ci, se composerait pour partie d'avances antérieures à la constitution de l'hypothèque“; Boistel (théor. jurid.) p. 53.

[2]) pag. 226.

dauert. Dieser ist ja die Schuld, wofür sie gegeben wird. Gleichzeitig mit ihm verschwindet sie demnach, weil sie ihren Inhalt verloren hat. Wenden wir diese Regel auf unseren Gegenstand an, so scheint das Resultat klar. Wenn der Contocorrent abgeschlossen wird, was jedesmal geschieht, wenn ein Saldo gezogen wird, braucht das Contocorrent-Verhältniss noch nicht beendigt zu sein. Erst wenn dies Verhältniss abgelaufen, der gewährte Credit also voll verwirklicht ist, sichert die Hypothek, wenn nöthig den letzten Saldo. Gerade der Umstand, dass in der Zwischenzeit Saldi auf neue Rechnung übertragen werden, deutet an, dass die Parteien noch nicht Willens sind, auseinanderzugehen. Der Credit, welcher wie ein fortlaufender Faden sich durch ihre Geschäfte zog, verbindet sie weiter. Wäre es anders, so würde der Saldo eingefordert, und nicht als erster Factor für eine neue Rechnungsperiode benutzt werden. Es hat sich daher weder in der Veranlassung zur Hypothekbestellung, noch in ihrem Object, noch in der gegenseitigen Stellung der Parteien, noch endlich in ihrer aus der Fortsetzung der Geschäfte sich ergebenden Absicht irgend etwas geändert. Warum sollte in der rechtlichen Wirkung der einmal bestellten Hypothek auch nur die geringste Aenderung angenommen werden müssen? [a])

Für uns besteht daher in Ansehung dieser Rechtsfolgen nicht der mindeste Unterschied, möge es ursprünglich bedungen sein oder nicht, dass das Creditverhältniss nur für eine gewisse vorausbestimmte Zeit dauern solle. [b]) Wenn die Parteien nach diesem Zeitpunkt ihre Beziehung stillschweigend fortgesetzt haben, so bleibt die Hypothek in Kraft bis zum Ende der neuen Periode. Was bedeutet denn diese Fortsetzung? Nicht dass neuer Kredit gegeben, sondern dass der alte, ursprüngliche Credit weiter gewährt wird. [c]) Auf Grund dieser Weitergewährung wird der Saldo der erste Factor auf der neuen Rechnung. Damit wird zugleich das Endresultat auch dieser neuen Periode unter die alte Hypothek

[a]) cf. Aubry & Rau cours de droit civil français Paris 1869 (ed IV) tom. III, p. 281: „Lorsqu'un crédit n'a été limité que quant à la somme pour laquelle il est accordé, l'hypothèque, garantit cette somme jusqu'à concurrence des avances réellement effectués, à quelque époque d'ailleurs qu'elles aient eu lieu"; vergl. Goldschmidt a. a. O. p. 909/10: „Credithypotheken erstrecken sich, sofern das Pfand nicht erkennbar nur für bestimmte Rechnungsposten bestellt ist, auf den zur Zeit der endlichen Abwickelung (Contocorrentschluss) noch ungetilgten Forderungsrest (Contocorrent-Saldo), sollte auch inzwischen das ursprüngliche Guthaben des Pfandgläubigers durch Leistungen, welche ausserhalb des Contocorrent-Verkehrs als Zahlungen erscheinen würden, gedeckt sein."

[b]) Vergl. das unten auch in der Begründung wiedergegebene Urtheil der cour de Rouen v. 10. Jan. 1849 (Sir. Dev. 1850 II 138), welches zu folgendem Resultat gelangt: „l'hypothèque consentie comme garantie du montant d'un crédit ouvert par compte courant jusqu'à une époque déterminée, époque à laquelle le compte sera arrêté et la créance définitivement fixeé, continue de subsister pour les sommes fournies depuis cette époque, si, du consentement des parties, le compte n'a pas été arrêté définitivement et a continué à courir."

[c]) Ich halte diese Ausführung für völlig richtig, aber sie dürfte sich schwer mit den Worten des Verfassers auf pag. 124, Zeile 13 bis 15 v. u., denen ich nicht beitreten kann, vereinigen lassen.

subsumirt, deren Inhalt: der Kredit fortdauert. Dass die Entscheidung anders ausfallen musste, wenn bestimmt war, nicht dass die Zeit, sondern dass der Betrag des Credits auf ein gewisses Maximum beschränkt bleiben müsse, erhellt, wenn dies Maximum überschritten wird, von selbst. Die Hypothek für eine bestimmte Summe lässt Alles, was ausserhalb der durch diese Summe angewiesenen Grenzen liegt, ungedeckt. Der höhere Betrag würde eine Erweiterung, nicht eine Fortsetzung sein. Die längere Zeit hingegen bildet keinen Gegensatz zu dem ursprünglichen Termin. Sie entwickelt sich aus dem letzteren kraft der ursprünglichen, auch für die spätere Zeit von den Parteien stillschweigend für gültig erklärten Absprache. [a])

Hinsichtlich des letzteren Punktes ist Creizenach anderer Ansicht: [1]) [b]) „Eine besondere Verabredung, sagt er, liegt z. B. in der Stipulation, dass die Sicherheit nur für diejenigen Beträge gelte, welche der Correspondent zu einer bestimmten Zeitepoche schuldig sein werde. Wenn nun zu dieser Epoche kein Contocorrentschluss erfolgt, sondern die Geschäfte fortgesetzt werden, so übt dies doch auf die Entlastung des Bestellers der Sicherheit keinen Einfluss. Dessen Verbindlichkeit zn bemessen, muss an bestimmten Terminen der Saldo berechnet werden, wenn auch sonst kein Contocorrentabschluss erfolgt." [c])

[a]) Anderer Meinung Grünhut a. a. O. p. 534.

[1]) a. a O. p. 72, Anm. 15.

[b]) Die Stelle lautet bei Creizenach (1873) pag. 53 folgendermassen: „Anders verhält es sich mit der bei jeder derartigen Bürgschaft sehr natürlichen Einschränkung derselben auf diejenigen Schuldbeträge, welche der Correspondent zu einer bestimmten Zeit schuldig sein werde. Diese Vorsicht wird jeder Bürge gebrauchen, der sich nicht mit gebundenen Händen auch dann wehrlos machen will, wenn er später erfährt, dass auf sein Vertrauen hin gesündigt und dass der Banquier dem seinem Ruin entgegeneilenden Hauptschuldner darin Vorschub leistet. Wo die Bürgschaft an eine Zeitdauer gebunden ist, da muss bei deren Ablauf der Contocurrent förmlich abgeschlossen und mit dem Bürgen daraufhin abgerechnet werden. Geschieht dies nicht und wird das Contocurrentverhältniss fortgesetzt oder der Saldo ohne Abrechnung mit dem Bürgen auf neue Rechnung vorgetragen, so ist dieser entlastet, wenn spätere Zahlungen ohne sein Zuthun erfolgen."

[c]) Feitu a. a. O. No. 252, entscheidet die Frage folgendermassen: „L'hypothèque, consentie pour garantie jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, le solde éventuel d'un crédit par compte courant, dont la durée était fixée et qui devait être balancé et arrêté à l'expiration du temps convenu, ne s'applique qu'à ce qui pouvait être dû à cette époque par celui au profit duquel le crédit était ouvert, et non point aux sommes dont il a pu se trouver postérieurement débiteur, le compte courant ayant continué sans règlement au terme fixé pour la cessation. Mais le solde dû à l'époque du règlement définitif ne s'en trouve pas moins garanti par l'hypothèque, s'il est inférieur à celui qui eût été constaté au terme où d'après la convention le compte devait être arrêté et balancé;" cf. Boistel Théorie juridique du compte courant p. 55, No. 4: „La garantie couvre le solde final jusqu'à concurrence du montant du solde qui existait à l'expiration du terme convenu"; — vergl. die Entscheidungen der cour de cassation vom 22. März 1852 (s. die nächste Anmerkung) und vom 21. Dec. 1852 (S. V. 1853, II 5), welche Unterschiede machen, was das Verhältniss der Contocorrent-Parteien unter

Wenn also die Contocorrentbeziehung für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, so hält er die Kredithypothek allein für den Saldo dieser Zeit für gültig, einerlei ob die Parteien ihre Geschäftsverbindung fortgesetzt haben oder nicht. Für diesen Ausspruch werden keine Gründe angeführt. Indirect erhellt aber, auf welche Erwägung er sich stützt. Creizenach verweist nämlich mit lebhafter Zustimmung auf ein zu dieser Frage ergangenes französisches Gutachten. „Es ist dies überhaupt das Beste“, sagt er, [1] „was wir über unsern Gegenstand gelesen.“ Jenes Gutachten bezweckt nun weniger die Existenzberechtigung der Credithypothek nachzuweisen, als ihre Rechtsfolgen für die Zeit zu bestreiten, während welcher die ursprüngliche Beziehung fortgesetzt wird. Mit der eben erwähnten Lobpreisung können wir uns durchaus nicht einverstanden erklären. Zwischen Creizenach und dem Verfasser des Gutachtens: Sénard besteht allerdings in mehr als einem Punkte grosse Uebereinstimmung. Beider Hauptfehler ist, dass die Kraft und das Wesen des Credits, als des Objects eines Vertrages, ihnen nicht lebendig vor Augen stand. [2] [a])

sich und zu Dritten angeht. In Uebereinstimmung damit lehren Aubry und Rau a. a. O. p. 282. „Lorsqu'un crédit ouvert par compte courant a été limité non-seulement quant à la somme pour laquelle il est accordé mais encore quant à sa durée, l'hypothèque ne garantit que le solde du compte arrêté, réellement ou fictivement, au terme fixé par l'acte d'ouverture. Si le compte avait été continué au delà de ce terme, le solde définitif ne serait assuré hypothècairement que jusqu'à concurrence de la somme dont le créditeur se trouvait créancier au jour primitivement fixé pour la clôture du compte. Mais aussi l'hypothèque couvrirait-elle cette somme, sans que les tiers fussent admis à prétendre, sous couleur de compensation ou d'imputation de paiements, que le solde au jour fixé pour la clôture du compte s'étant ultérieurement et à un moment donné trouvé nivelé ou réduit, l'hypothèque avait été éteinte ou réduite avec la dette elle-même.“

[1]) a. a. O. pag. 72, Anm. 14.

[2]) Der Fall, auf den sich das Gutachten bezog, welcher aber, und zwar unserer Ansicht nach mit Recht, im entgegengesetzten Sinne durch das Gericht entschieden wurde, findet sich in Sirey (1850 II, 138). Das diesbezügliche Urtheil der cour d'appel de Rouen vom 19. Jan. 1849 stützte sich auf folgenden Thatbestand:

Par acte notarié, du 5 Fév. 1840, la maison Jean Lemaître et Lancestre ouvre au sieur Bony, filateur, un crédit de banque et de commerce de 100,000 fr. sur affectation hypothécaire. La durée de ce crédit était fixée par la stipulation à six années, qui devaient finir au 5 fév. 1846. Il était dit qu'à cette époque le compte serait arrêté et la créance définitivement déterminée. — En 1844, la société Lemaître et Lancestre fut dissoute, et le sieur Lemaître continua seul les affaires. Le compte courant du sieur Bony fut continué par le sieur Lemaître, sans qu'il intervînt aucune convention écrite entre les sieurs Lemaître et Bony. — Le compte courant de Bony était, comme d'usage, balancé tous les six mois, c'est-à-dire fin décembre et fin juin de chaque année. En 1846, époque où, d'après l'acte notarié, le compte courant devait finir, il fut fait, le 31. Dec. 1845, l'arrêté de compte semestriel ordinaire; mais, le 5 fév. 1846, les parties n'exécutèrent en aucune façon la clause qui portait, qu'à cette époque le compte devait être définitivement arrêté; les remises réciproques continuèrent, et le compte continua de n'être balancé que par arrêtés semestriels, c'est-à-dire le 30 juin 1846 et le 31 décembre suivant. — C'est en cet état de choses qu'arrive, en mars 1847, la mort de Bony, et le compte arrêté à cette époque le constitue débiteur de Lemaître d'une somme de 57,000 fr. — Il est à noter, qu'en suivant en détail les diverses phases du compte,

Zum Beweise endlich, dass auch die deutsche Rechtssprechung den Credit als Object der Kredithypothek und damit die Gültigkeit dieser letzteren, unbedingt anerkennt, möge hier noch auf einige Entscheidungen in terminis die Aufmerksamkeit gelenkt werden.

on trouvait qu'au 5 fév. 1846, époque où, d'après l'acte constitutif d'hypothèque, le compte aurait dû finir, le sieur Bony était débiteur, envers le sieur Lemaître, d'une somme de 149,000 fr.; à l'arrêté semestriel du mois de juin suivant il ne devait plus que 12,000 fr., et enfin à l'arrêté semestriel du 31 décembre, il ne devait plus que 3000 fr.; il en résultait donc en fait que, depuis le 5 fév. 1846, le sieur Lemaître avait été remboursé de ce que le sieur Bony pouvait lui devoir à cette époque du 5 fév., et que les 57,000 fr. dont il se trouvait créancier, en mars 1847, provenaient de remises par lui faites au sieur Bony postérieurement au 5 fév. 1846.

C'est dans ces circonstances que le sieur Lemaître se présente à la succession bénéficiaire du sieur Bony, comme créancier hypothécaire des 57,000 fr. dont le règlement du compte le constitue créancier. — Protestation de la part des autres créanciers, relativement au caractère hypothécaire donné par le sieur Lemaître à sa créance.

Das Urtheil selbst lautet:

La Cour; — Attendu que, par acte notarié du 5 fév. 1840, Lemaître et Lancestre, négocians associés sous la raison Jean Lemaître et Comp., ont ouvert à M. Bony fils, filateur, avec affectation hypothécaire, un crédit commercial de 100,000 fr.; qu'il a été stipulé par le même acte que le crédit serait de six années, et qu'à l'expiration de ces six années le compte courant serait balancé et arrêté; — Attendu que la société Jean Lemaître et Comp. fut dissoute en 1844, et que par les conventions de dissolution Lemaître fut chargé de l'opération rélative au crédit; — Attendu que le compte courant, au lieu d'être balancé et arrêté le 5 fév. 1846 conformément à l'acte de crédit, continua, au même titre que précédemment entre Lemaître et Bony, jusqu'au décès de ce dernier; — Attendu que ce fait, qui résulte de l'état matériel du compte, est encore établi d'une manière incontestable par les autres documens du procès, notamment par la convention consignée par Bony lui même sur des billets remis en compte-courant à Lemaître, postérieurement au 5 fév. 1846; — Attendu qu'en cet état des faits, il s'agit de savoir, si le droit hypothécaire conféré à la société Jean Lemaitre et Comp. doit être limité au 5 fév., ou si au contraire il doit garantir jusqu'au décès de Bony, au profit de Lemaître, le solde du compte-courant, jusqu'à concurrence de la somme stipulée dans l'acte du crédit;

Attendu que le compte-courant se compose d'un ensemble d'opérations successives qui se tiennent et s'enchaînent d'une manière indissoluble jusqu'à sa clôture; que les versemens et remises qui forment cet ensemble d'opérations ne sont que des élémens partiels du compte et ne peuvent jamais constituer des paiemens dans l'acception légale de ce mot; que la qualité de créancier ou de débiteur ne peut, par là même, être fixée qu'autant que le compte est définitivement arrêté, puisque le compte qui court, par la nature même de sa destination, ne présente aucune balance définitive;

Attendu que, d'après les faits et les principes sus-énoncés, il est manifeste qu'à la date du 5 fév. 1846 il n'y avait ni créancier ni débiteur, puisque, par une conséquence de la nouvelle convention des parties, le compte n'a pas cessé de courir à cette date: — Attendu que cette convention, qui n'était pas défendue par la loi, ne pourrait rencontrer d'obstacle que dans le préjudice qui en résulterait pour les tiers;

Attendu, sous ce rapport, que si l'inscription avertissait les tiers qu'aux termes de l'acte de crédit, ce compte-courant devait être définitivement arrêté le 5 fév. 1846, elle leur apprenait en même temps que l'hypothèque avait pour objet de garantir le solde d'un compte-courant, jusqu'à concurrence

1. Urtheil des Obertribunals Stuttgart 1840. [1])

„So oft die Erfüllung eines Versprechens nicht mehr von der Willkür dessen, der etwas zu leisten versprochen hat, abhängt, tritt auch das Pfand nicht erst mit der wirklichen Leistung in Kraft ohne dass es hier weiter darauf ankommt, ob es in der Macht des Verpfänders steht, auch nicht Schuldner zu werden." — Im weiteren Verlaufe der Motive ist ausgeführt, dass in gleicher Weise obiger Grundsatz Anwendung finde auf die bei Eingehung eines kaufmännischen Creditvertrags erfolgte Pfandbestellung für die creditirte Summe, da der Creditgeber in Folge der Creditbewilligung die sofortige Verbindlichkeit übernehme, dem Creditnehmer seine Casse bis zum Betrag der creditirten Summe zur Verfügung zu stellen, und es somit in die Hand des letzteren gelegt sei, die fragliche Summe nach Bedürfniss aus der Casse der Creditgebers zu erheben,

de 100,000 fr.; que les créanciers Bony pouvaient et devaient dès lors exiger de leur débiteur la justification de sa libération et la radiation de l'insription;

Attendu qu'ils prétendraient en vain, que l'acte de crédit fixant au 5 fév. 1846, l'époque à laquelle le compte devait être arrêté, leurs droits doivent être fixés en égard à la position de leur débiteur à cette date; — Attendu, en effet, que la dérogation des parties à cette clause de l'acte du 5 fév. doit produire son effet, du moment que la bonne foi des tiers n'a pas été surprise ni leur religion trompée; que si la loi a voulu sauvegarder les intérêts des tiers, elle n'a point entendu les protéger contre leur propre imprudence. — Attendu que les intervenans sont d'ailleurs d'autant moins fondés dans leur prétention que, simples créanciers chirographaires, ils semblent n'avoir attaché aucune importance à la garantie que pouvaient leur offrir les immeubles de leur débiteur;

Attendu que les motifs qui précèdent, quant au caractère du compte courant, ne permettent pas d'appliquer à la cause les balances semestrielles comme mode de réglement définitif, et excluent tout à la fois, également comme inapplicables, et même comme destructives du compte-courant, les règles d'imputation du droit civil; — Attendu, enfin quant à la novation, qu'elle ne résulte pas de la substitution d'une dette à une autre, puisque deux dettes ne peuvent, à des dates différentes, naître d'un seul compte-courant; qu'elle ne résulte pas d'avantage de la substitution d'un créancier à un autre, puisque, si Lemaître a été chargé de l'opération du compte-courant au lieu et place de la société Jean Lemaître et Comp., l'objet de l'engagement est resté le même; que la convention intervenue entre Lemaître et Lancestre, n'est donc autre chose qu'une véritable cession, qui n'a en rien modifié ni pu modifier d'ailleurs, sans le concours de Bony, la convention primitive; Par ces motifs, en accordant acte aux héritiers Bony de ce qu'ils s'en rapportent, — Confirme etc.

Du 19 janv. 1849, — Cour d'app. de Rouen. [a])

[a]) Die bei Erörterung der rechtlichen Natur der Credithypothek auftauchenden Fragen beweisen auch m. E., dass eine gründliche Erörterung des Credit-Begriffes nothwendig in eine jede Monographie über den Contocorrentvertrag gehört.

[1]) Seuffert's Archiv XIII, No. 238.

a) Es ist jedoch zu bemerken, dass dies Urtheil durch Entscheidung der cour de cassation vom 22. März 1852 — S. D. 1852 I 307 — aufgehoben worden ist; aber unter der ausdrücklichen Anerkennung, dass, „si le compte courant a été prorogé et continué, cette prorogation produit bien tous les effets entre les parties dont la position respective n'est définitivement fixée qu'à la clôture du compte, mais ne saurait avoir d'influence sur leur position hypothécaire vis-à-vis des tiers. L'hypothèque ne vaut donc, dans ce cas, que pour la somme qui eût été due, si le compte eût été balancé et arrêté à l'époque originairement fixée et indiquée par l'inscription." R.

Zum Beweise endlich, dass auch die deutsche Rechtssprechung den Credit als Object der Kredithypothek und damit die Gültigkeit dieser letzteren, unbedingt anerkennt, möge hier noch auf einige Entscheidungen in terminis die Aufmerksamkeit gelenkt werden.

on trouvait qu'au 5 fév. 1846, époque où, d'après l'acte constitutif d'hypothèque, le compte aurait dû finir, le sieur Bony était débiteur, envers le sieur Lemaître, d'une somme de 149,000 fr.; à l'arrêté semestriel du mois de juin suivant il ne devait plus que 12,000 fr., et enfin à l'arrêté semestriel du 31 décembre, il ne devait plus que 3000 fr.; il en résultait donc en fait que, depuis le 5 fév. 1846, le sieur Lemaître avait été remboursé de ce que le sieur Bony pouvait lui devoir à cette époque du 5 fév., et que les 57,000 fr. dont il se trouvait créancier, en mars 1847, provenaient de remises par lui faites au sieur Bony postérieurement au 5 fév. 1846.

C'est dans ces circonstances que le sieur Lemaître se présente à la succession bénéficiaire du sieur Bony, comme créancier hypothécaire des 57,000 fr. dont le règlement du compte le constitue créancier. — Protestation de la part des autres créanciers, relativement au caractère hypothécaire donné par le sieur Lemaître à sa créance.

Das Urtheil selbst lautet:

La Cour; — Attendu que, par acte notarié du 5 fév. 1840, Lemaître et Lancestre, négocians associés sous la raison Jean Lemaître et Comp., ont ouvert à M. Bony fils, filateur, avec affectation hypothécaire, un crédit commercial de 100,000 fr.; qu'il a été stipulé par le même acte que le crédit serait de six années, et qu'à l'expiration de ces six années le compte courant serait balancé et arrêté; — Attendu que la société Jean Lemaître et Comp. fut dissoute en 1844, et que par les conventions de dissolution Lemaître fut chargé de l'opération rélative au crédit; — Attendu que le compte courant, au lieu d'être balancé et arrêté le 5 fév. 1846 conformément à l'acte de crédit, continua, au même titre que précédemment entre Lemaître et Bony, jusqu'au décès de ce dernier; — Attendu que ce fait, qui résulte de l'état matériel du compte, est encore établi d'une manière incontestable par les autres documens du procès, notamment par la convention consignée par Bony lui même sur des billets remis en compte-courant à Lemaître, postérieurement au 5 fév. 1846; — Attendu qu'en cet état des faits, il s'agit de savoir, si le droit hypothécaire conféré à la société Jean Lemaitre et Comp. doit être limité au 5 fév., ou si au contraire il doit garantir jusqu'au décès de Bony, au profit de Lemaître, le solde du compte-courant, jusqu'à concurrence de la somme stipulée dans l'acte du crédit;

Attendu que le compte-courant se compose d'un ensemble d'opérations successives qui se tiennent et s'enchaînent d'une manière indissoluble jusqu'à sa clôture; que les versemens et remises qui forment cet ensemble d'opérations ne sont que des élémens partiels du compte et ne peuvent jamais constituer des paiemens dans l'acception légale de ce mot; que la qualité de créancier ou de débiteur ne peut, par là même, être fixée qu'autant que le compte est définitivement arrêté, puisque le compte qui court, par la nature même de sa destination, ne présente aucune balance définitive;

Attendu que, d'après les faits et les principes sus-énoncés, il est manifeste qu'à la date du 5 fév. 1846 il n'y avait ni créancier ni débiteur, puisque, par une conséquence de la nouvelle convention des parties, le compte n'a pas cessé de courir à cette date: — Attendu que cette convention, qui n'était pas défendue par la loi, ne pourrait rencontrer d'obstacle que dans le préjudice qui en résulterait pour les tiers;

Attendu, sous ce rapport, que si l'inscription avertissait les tiers qu'aux termes de l'acte de crédit, ce compte-courant devait être définitivement arrêté le 5 fév. 1846, elle leur apprenait en même temps que l'hypothèque avait pour objet de garantir le solde d'un compte-courant, jusqu'à concurrence

1. Urtheil des Obertribunals Stuttgart 1840. [1])

„So oft die Erfüllung eines Versprechens nicht mehr von der Willkür dessen, der etwas zu leisten versprochen hat, abhängt, tritt auch das Pfand nicht erst mit der wirklichen Leistung in Kraft ohne dass es hier weiter darauf ankommt, ob es in der Macht des Verpfänders steht, auch nicht Schuldner zu werden.“ — Im weiteren Verlaufe der Motive ist ausgeführt, dass in gleicher Weise obiger Grundsatz Anwendung finde auf die bei Eingehung eines kaufmännischen Creditvertrags erfolgte Pfandbestellung für die creditirte Summe, da der Creditgeber in Folge der Creditbewilligung die sofortige Verbindlichkeit übernehme, dem Creditnehmer seine Casse bis zum Betrag der creditirten Summe zur Verfügung zu stellen, und es somit in die Hand des letzteren gelegt sei, die fragliche Summe nach Bedürfniss aus der Casse der Creditgebers zu erheben,

de 100,000 fr.; que les créanciers Bony pouvaient et devaient dès lors exiger de leur débiteur la justification de sa libération et la radiation de l'insription;

Attendu qu'ils prétendraient en vain, que l'acte de crédit fixant au 5 fév. 1846, l'époque à laquelle le compte devait être arrêté, leurs droits doivent être fixés en égard à la position de leur débiteur à cette date; — Attendu, en effet, que la dérogation des parties à cette clause de l'acte du 5 fév. doit produire son effet, du moment que la bonne foi des tiers n'a pas été surprise ni leur religion trompée; que si la loi a voulu sauvegarder les intérêts des tiers, elle n'a point entendu les protéger contre leur propre imprudence. — Attendu que les intervenans sont d'ailleurs d'autant moins fondés dans leur prétention que, simples créanciers chirographaires, ils semblent n'avoir attaché aucune importance à la garantie que pouvaient leur offrir les immeubles de leur débiteur;

Attendu que les motifs qui précèdent, quant au caractère du compte courant, ne permettent pas d'appliquer à la cause les balances semestrielles comme mode de réglement définitif, et excluent tout à la fois, également comme inapplicables, et même comme destructives du compte-courant, les règles d'imputation du droit civil; — Attendu, enfin quant à la novation, qu'elle ne résulte pas de la substitution d'une dette à une autre, puisque deux dettes ne peuvent, à des dates différentes, naître d'un seul compte-courant; qu'elle ne résulte pas d'avantage de la substitution d'un créancier à un autre, puisque, si Lemaître a été chargé de l'opération du compte-courant au lieu et place de la société Jean Lemaître et Comp., l'objet de l'engagement est resté le même; que la convention intervenue entre Lemaître et Lancestre, n'est donc autre chose qu'une véritable cession, qui n'a en rien modifié ni pu modifier d'ailleurs, sans le concours de Bony, la convention primitive; Par ces motifs, en accordant acte aux héritiers Bony de ce qu'ils s'en rapportent, — Confirme etc.

Du 19 janv. 1849, — Cour d'app. de Rouen. [a])

[a]) Die bei Erörterung der rechtlichen Natur der Credithypothek auftauchenden Fragen beweisen auch m. E., dass eine gründliche Erörterung des Credit-Begriffes nothwendig in eine jede Monographie über den Contocorrentvertrag gehört.

[1]) Seuffert's Archiv XIII, No. 238.

a) Es ist jedoch zu bemerken, dass dies Urtheil durch Entscheidung der cour de cassation vom 22. März 1852 — S. D. 1852 I 307 — aufgehoben worden ist; aber unter der ausdrücklichen Anerkennung, dass, „si le compte courant a été prorogé et continué, cette prorogation produit bien tous les effets entre les parties dont la position respective n'est définitivement fixée qu'à la clôture du compte, mais ne saurait avoir d'influence sur leur position hypothécaire vis-à-vis des tiers. L'hypothèque ne vaut donc, dans ce cas, que pour la somme qui eût été due, si le compte eût été balancé et arrêté à l'époque originairement fixée et indiquée par l'inscription.“ E.

oder diesen auf andere Weise bis zu fraglichem Betrage zu belasten. Werde daher von dem Creditnehmer für die creditirte Summe eine Hypothek bestellt, so trete solche mit dieser Bestellung sofort in Wirksamkeit. [1])

2. Urtheil des Oberappellationsgerichts Celle 1858. [2])

„Dass eine für zukünftige Forderungen bestellte Hypothek vom Tage der Bestellung datire, ist nach richtiger Auslegung der Gesetze alsdann anzunehmen, wenn nur einer der Theilhaber des obligatorischen Verhältnisses, auf welches die bestellte Hypothek sich bezieht, schon zur Zeit der Bestellung gebunden war.

„Das Gebundensein ist dann nicht zu bezweifeln, wenn, wie im vorliegenden Falle geschehen, der Gläubiger sich contractlich verpflichtet hatte, dem Gemeinschuldner bis dahin, dass eine Kündigung die Aufhebung des Contracts erwirkt haben werde, bis zu der festgesetzten Summe Credit zu gewähren."

3. Urtheil des Oberappellationsgerichts Rostock 1868. [3]) Sehr merkwürdig wegen der höchst wissenschaftlichen Einkleidung.

„Nach römischem Rechte datirt ein für eine künftige Darlehnsschuld bestelltes Pfandrecht unter allen Umständen erst von der numeratio pecuniae, und würde es in dieser Beziehung nicht releviren, wenn der Darleiher sich schon vorher zur Hingabe des Darlehns durch eine Stipulation verpflichtet hätte, weil auch in einem solchen Falle die beiderseitigen Verpflichtungen nach römischrechtlicher Auffassung auf besonderen von einander unabhängigen Obligationsgründen beruhen würden; die des Darleihers auf der Stipulation und die des Darlehnempfängers auf der numeratio, und die Entstehung der Verpflichtung des Letzteren fortwährend von seinem Willen abhängig bleibt.

„Nach heutigem Rechte dagegen kann ein Vertrag, durch welchen, wie beim Creditvertrage, der eine Theil sich zur Hingabe einer Geldsumme als Darlehn verbindlich macht und der andere Theil in Bezug auf die Rückzahlung desselben Verpflichtungen eingeht, als ein sofort

[1]) In der Anmerkung liest man: „Für Württemberg ist obige Frage durch das Pfandgesetz vom 15. April 1825 entschieden, da nach art. 96 die Ordnung der Befriedigung aus dem Unterpfand einzig durch die Zeit des Eintrags des Unterpfandrechtes ins Unterpfandbuch bestimmt wird, und es daher nicht darauf ankommen kann, ob die Forderung ursprünglich bedingt oder noch von einem ungewissen künftigen Erfolg abhängig war (art. 11)".

Es ist sehr die Frage, ob dieses summarische Raisonnement richtig ist. Allerdings, wenn in art. 1226 alin. 1 B. G. zwischen den Worten: wird und bestimmt das Wort auschliesslich eingefügt wird, dürfte man u. E. von dem Gesichtspunkt der Beklagten aus nicht viel weiter sein. Diese würden mit Recht behaupten, dass Rang und Gültigkeit einer Hypothek zweierlei sei. Das Erstere ist von dem Letzteren, nicht das Letztere von dem Ersten abhängig. Das prius in tempore potior in jure ist vortrefflich, — wenn ein jus da ist. Das hier an die Hand gegebene Hausmittel kommt uns also nicht sehr geeignet vor.

[2]) Seuffert's Archiv XIII, No. 132.

[3]) Seuffert's Archiv XXII, No. 121.

und nach allen Seiten hin bindender Vertrag abgeschlossen werden, weil der Umstand, dass das Darlehn nach röm. Rechte ein Realcontract ist, nach heutigem Rechte der Abschliessung eines solchen Vertrages nicht entgegensteht; und es wird daher auch, weil ein solcher Vertrag nicht eine blosse conventio ist, welche erst durch Hingabe des Darlehns rechtliche Wirksamkeit erlangt, sondern wie jeder andere rechtlich erlaubte Vertrag die dadurch begründeten Rechtswirkungen ohne weiteres erzeugt, ein von dem Darlehnsempfänger für die demnächstige Erfüllung seiner vertragsmässigen Verbindlichkeiten beim Abschlusse desselben bestelltes Pfandrecht aus demselben Grunde sofort wirksam werden und vom Tage der Pfandbestellung datiren müssen, aus welchem ein von dem Mandanten dem Mandatar für seine Auslagen bestelltes Pfandrecht vom Tage der Mandatsertheilung datirt.

„Hiernach ist denn bei einem gegen Bestellung eines Pfandrechts abgeschlossenen Creditvertrage das Pfandrecht nicht vom Tage der auf Grund dieses Vertrages demnächst geleisteten Zahlungen, sondern vom Tage des Vertrages zu datiren, weil ein solcher Vertrag nicht als ein pactum de contrahendo aufzufassen, sondern ein selbstständiger Vertrag ist, dessen Inhalt darin besteht, dass der Creditgeber dem Creditnehmer die betreffende Summe zur Disposition stellt und an ihn oder auf seine Anweisung zu zahlen verheisst, so dass die ganze Summe schon jetzt als creditirt und zur Verfügung gestellt anzusehen ist, und durch die späteren Zahlungen keine neuen Verträge abgeschlossen werden, diese vielmehr lediglich die Erfüllung des bereits abgeschlossenen Vertrages involviren. Anders dagegen stellt sich die Sache bei einem pactum de mutuo dando, durch welches dem Promissar die betreffende Summe nicht sofort zur Disposition gestellt, sondern nur ein später abzuschliessendes Darlehn verabredet wird, der Darlehnscontract selbst also durch Hingabe des Geldes perfect werden soll, und die Verpflichtung des Schuldners, zu deren Sicherung ein Pfandrecht bestellt wird, erst durch die Hingabe des Geldes begründet wird. Ob auch hier nach heutigem Rechte ein Pfandrecht in der Weise bestellt werden kann, dass dessen Wirksamkeit schon vor der Zahlung des Geldes beginnt, mag dahingestellt bleiben.“

4. Urtheil des Obergerichts Wolfenbüttel 1870. [1])

„Nach der Notariatsurkunde vom 28. Februar 1866, hat die Gesellschaft D. dem Cridar [2]) einen laufenden Credit gewährt und der Cridar zur Sicherheit alles desjenigen, was er in Folge des ihm gewährten Credits aus Darlehen, Wechseln oder aus irgend einem anderen Grunde an Capital, Zinsen, Provision und Kosten schuldig geworden war oder noch schuldig werden mochte, der Firma als Caution das in's Hypothekenbuch eingetragene Pfandrecht bestellt.

[1]) Seuffert's Archiv XXV, No. 261.

[2]) Cridar = fallit a verbo: cridarius. Man leitet es ab von dem italienischen: gridare = ausrufen, weil die Gläubiger, sobald sich eine Zahlungsunfähigkeit herausstellte, herbeigerufen wurden.

„Die Wirksamkeit dieser Sicherstellung beginnt nach den, wenigstens in der Praxis, allgemein zur Anerkennung gelangten Grundsätzen sofort mit ihrer Beschaffung, mag der Credit gemessen oder ungemessen, auf eine bestimmte Zeit oder unbestimmt bis auf Weiteres eröffnet worden sein.

„Das vom Cridar der Gesellschaft D. eingeräumte Pfandrecht würde daher in der That im Alter vorgehen, wenn u. s. w."

5. Urtheil des Oberhofgerichts Mannheim 1871. [1])

„Das rechtliche Verhältniss, welches J. G. mit den Brüdern F. und V. K. einging, ist die im Handelsverkehr nicht selten vorkommende Crediteröffnung d. i. das Uebereinkommen, durch welches der Creditgeber sich verpflichtet, dem Creditnehmer Credit bis zu einem bestimmten Betrage zu gewähren, nämlich auf jeweiliges Verlangen Zahlung zu leisten oder die Mittel zur Verfügung zu halten, und der Creditnehmer die Verbindlichkeit übernimmt, die von dem Creditgeber für ihn aufgewendeten Summen seiner Zeit zurückzugeben, die als Vergütung für den gewährten Credit zugesagten Zinsen zu bezahlen und wenn es sich um einen gedeckten Credit handelt, der Uebereinkunft gemäss für die von dem Creditgeber zu leistenden Vorschüsse durch Unterpfandsbestellung Sicherheit zu leisten. In der Regel wird dabei die Gewährung des Credits für eine Mehrzahl von Schuldposten beabsichtigt, welche noch unbestimmt sind; ist das nicht der Fall, steht vielmehr eine Creditbewilligung für einen bestimmten einzelnen Posten in Frage, so stellt sich die Verbindlichkeit des Creditgebers nicht als eine Crediteröffnung in dem angegebenen Sinne, sondern nur als eine einfache Darlehnsfrage dar. Mit dem Abschlusse des Vertrages sind die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Contrahenten begründet; der Creditgeber erscheint, insofern er seine Casse dem Creditnehmer zur Verfügung stellt, schon bevor er bezahlt, als Gläubiger des Letztern, und dieser, soweit er dem Creditgeber für den zu gewährenden Credit Deckung zu verschaffen hat, als Schuldner des Erstern. Die Unterpfandsbestellung hat hiernach nicht die einzelnen Zahlungen oder Vorschüsse, welche der Creditgeber leistet, sondern den von ihm gewährten Credit zum Gegenstande; sie kann daher auch nicht als eine Nebenverbindlichkeit, für eine noch nicht existirende Hauptverbindlichkeit, sondern nur als Gegenleistung für die Creditbewilligung aufgefasst werden. Hieraus folgt mit Nothwendigkeit, dass die Unterpfandsbestellung nicht erst von der Zeit, wo die einzelnen Zahlungen effectuirt werden, sondern von dem Tage des Eintrags im Pfandbuche Wirkung äussert. Wollte man dies nicht annehmen, so wäre die Unterpfandsbestellung rein illusorisch. Der Creditgeber, welcher nur gegen Sicherheitsleistung Credit zu gewähren verpflichtet ist, hätte das Recht, bei jeder einzelnen Anforderung von dem Creditnehmer den Nachweis zu verlangen, dass die durch Unterpfand erstellte Sicherheit nicht inzwischen durch jüngere Einträge im Pfandbuch vermindert worden ist, und wenn

[1]) Seuffert's Archiv XXVII, No. 11.

der Creditnehmer diesen Nachweis nicht zu liefern im Stande ist, die Gewährung weitern Credits zu versagen." [a])

§ 48. Resultate.

Es kann von Nutzen sein, die Resultate dieser Untersuchung zusammenzufassen. Zu einer Uebersicht bieten kurze Sätze die beste Gelegenheit. Natürlich beabsichtigen wir nur die Hauptpunkte der vorausgehenden Darstellung wiederzugeben. Hält man diese letztere einiger Aufmerksamkeit werth, so könnte dies vom doppelten Gesichtspunkte aus der Fall sein. Als Vorarbeit zu gesetzlicher Regelung in nicht unmittelbarem Zusammenhang zu dem bestehenden Rechtszustand. Als Rechenschaft von einer wissenschaftlichen Ueberzeugung, deren unmittelbare Anwendung möglich ist, falls sie dessen würdig erachtet wird. Wenn es anginge, den eigenen Standpunkt als Richtschnur zur Beurtheilung anzugeben, so würden wir sagen, dass das *jus constitutum* im Auge behalten, die *lex ferenda* nicht ausgeschlossen worden ist.

1. Der Contocorrentvertrag ist der auf gegenseitige Creditgewährung während eines bestimmten Zeitabschnitts gerichtete Vertrag.
2. Der Zweck dieses Vertrages ist: in die verschiedenen während seiner Dauer abgeschlossenen Geschäfte Einheit zu bringen.
3. Die Rechtsfolge dieser Einheit (nexus) ist, dass:
 a. während der Dauer des Vertrages jede Compensation der gegenseitigen Schulden, jede Imputation auf gegenseitige Schulden ausgeschlossen ist;
 b. kein Posten zur besonderen Einforderung aus diesem Verbande losgetrennt werden kann;
 c. nach dem Ablaufe seiner Zeitdauer das ganze Credit zur Minderung des ganzen Debet dienen muss;
 d. während der Dauer des Vertrages keine Verjährung irgend eines Postens zu laufen beginnt;
4. Die Berechnung des Saldos ist nicht verpflichtend, solange sie einseitig bleibt.
5. Den Charakter der Einseitigkeit verliert sie bereits durch Zusendung des Contocorrents.
6. Keine der Parteien hat das Recht, von der andern die Zusendung des Contocorrents zu fordern.

[a]) Vergl. noch aus der französ. Praxis das Urtheil der *cour de cassation* vom 29. Dec. 1880 (Dalloz ainé jurispr. génerale 1881 I, p. 54/55): „l'hypothèque constituée pour la sûreté d'un crédit ouvert pendant la durée d'un compte courant, peut être exercée pour le remboursement de tout le réliquat, dont le crédité se trouve débiteur en vertu du dit compte, sans qu'il y ait à distinguer entre les sommes par lui dues antérieurement à l'ouverture de credit, et celles qui ont été avancées depuis "

7. Freiwillige Zusendung des Contocorrents verpflichtet zur Anerkennung des Credit, wenn auch das Debet von der Gegenpartei verworfen wird.
8. Die gegenseitige Aufmachung des Contocorrents nach dem Ablaufe seiner Zeitdauer ist eine theils liberatorische, theils obligatorische Rechtshandlung.
9. Insoweit die Posten durch Schuldausgleichung (Aufrechnung) gegen einander aufgehen, ist diese Rechtshandlung liberatorisch.
10. Insoweit ein Saldo zur Zahlung oder Eintreibung übrig bleibt, ist sie obligatorisch.
11. Die Feststellung dieses Saldos hat den Charakter der Schulderneuung (stipulatio debiti).
12. Die Feststellung dieses Saldos kann auch den Charakter der Schulderneuerung (novatio) haben.
13. In welchen Fällen ihr allein der erste, in welchen zugleich der zweite Charakter zukommt, ist quaestio facti.
14. Erhellt nicht das Gegentheil, so wird vermuthet, dass die Parteien eine Schulderneuerung nicht gewollt haben.
15. Im Zweifelsfalle enthält die Feststellung des Saldos nicht die Anerkennung, dass zwischen den Parteien keine anderen Geschäfte, als die verrechneten, abgeschlossen worden sind.
16. Abrechnungspflichtig (im Sinne des art. 771 des niederländ. bürgerl. Gesetzbuchs) ist keine der beiden im Contocorrentverhältniss stehenden Parteien.
17. Weder zur Abnahme, noch zur Ablegung der Rechnung kann eine derselben gezwungen werden.
18. Kraft der Abrechnung und auf Grund derselben entsteht eine Klage auf Zahlung des Saldos.
19. Ein rechtsgültiger Einwand gegen diese Klage kann nur dann zugelassen werden, wenn er den Erfordernissen der condictio indebiti entspricht.
20. Auch eine rechtsgültige Klage auf Grund eines zur Verrechnung gebrachten Postens, dessen Nichtexistenz behauptet wird, muss diesen Erfordernissen entsprechen.
21. Der Beklagte im ersten, der Kläger im zweiten Falle, hat zu behaupten und zu beweisen:
 a. dass die Schuld, deren Existenz er leugnet, nicht besteht;
 b. dass er hinsichtlich deren Existenz sich im Irrthum befunden hat;
 c. dass dieser Irrthum entschuldbar war.
22. Die erfolgreiche Durchführung der Klage auf Grund eines in Verrechnung gebrachten Postens, dessen Nichtexistenz behauptet wird, lässt den Saldo im Uebrigen unberührt.
23. Die Clauseln: Salvo incasso bei Wechselrimessen oder Accepten, und: Salvo errore et omissione am Fusse des Contocorrents, sind vollkommen überflüssig.

24. Pfand, Bürgschaft oder Hypothek zur Sicherung eines Contocorrents sind gültig als Pfand, Bürgschaft oder Hypothek zur Sicherung des Saldos.

§ 49. Gerichtsstand. Provision.

Auf zwei im Vorstehenden nicht berührte, in der Praxis aber wichtige Fragen sei zum Schlusse noch seitens des Herausgebers in Kürze aufmerksam gemacht.

1. Der Gerichtsstand bei Klagen, deren Objekt der Contocorrent-Saldo ist.

Die französische Literatur und Praxis ist nach vielfachen Schwankungen (cf. einerseits Noblet a. a. O., No, 227; andererseits Pardessus a. a. O. tom. IV, p. 33; M. D. Dalloz ainé rep. méth. No. 67; Ledru-Rollin rép. gén. No. 75 und die Worte auf p. 461 „il n'y a plus de debat sur ce point en jurisprudence"; ebenso Boistel, Theorie juridique du compte courant Paris 1883, pag. 53 mit dem Zusatze: „le tribunal comptétent sera le tribunal civil ou le tribunal de commerce, suivant la nature commerciale ou civile du compte et la qualité du défendeur." Feitu a. a. O. No. 344 ff.) zu dem Satze gelangt, dass solche Klagen im forum domicilii des Beklagten angebracht werden müssen. Die Begründung ist in einem älteren Urtheil der cour de Lyon vom 12. Jan. 1855 (Feitu a. a. O. No. 344, p. 460) recht gut gegeben:

„considérant, que Faure soutient que la plupart des articles portés au compte courant ont pour origine le prix des marchandises vendues et livrées à Saint-Etienne; mais que ce fait, en le supposant exact, est sans conséquence dans la cause; qu'en effet les parties, en établissant entre elles un compte courant, en inscrivant dans ce compte leurs créances de diverse nature et en les convertissant ainsi en de simples articles de compte courant, les ont par cela même soumises aux conséquences, au sort et aux règles propres du comte auquel elles les incorporaient; qu'ainsi à partir de ce moment il n'y a plus eu des prix de marchandises auxquelles fût applicable la disposition de l'article 420, mais seulement des articles de compte courant, auxquels sa disposition est étrangère, et qu'aussi Faure n'a point assigné Leroy en paiement de marchandises, mais bien en paiement d'un solde de compte courant; considérant que, si pour règler la juridiction en matierè de compte courant, il fallait avoir égard à l'origine primitive de chacun des articles qui le composent, comme cette origine pourrait présenter des diversités infinies, il en résulterait, que la détermination de la compétence serait soumise à des difficultés inextricables." (Die Urtheile der cours d'appel Lyon v. 2. Dec. 1829 [S. V. 30, II, 179], Bordeaux v. 16. März 1831 [S. V. 31, III, 278] u. Poitiers v. 28. Juni 1832 [S. V. 32, II, 585] u. der cour de cassation vom 15. Juli 1834 [S. V. 34, I, 565] — vergl. M. D. Dalloz Ainé a. a. O. No. 67 — hatten entschieden: „l'action en payement de réliquat de compte est régulierèment portée

par le vendeur devant le tribunal de son propre domicile"; dagegen schon aus früherer Zeit die Entscheidungen der cours d'appel Bordeaux vom 18. April 1832 [S. V. 1833, II, 371], Toulouse vom 30. Juni 1832 und 18. April 1834; Douai vom 18. Juli 1833).

In der deutschen Praxis steht ein Urtheil des Reichsoberhandelsgerichts vom 28. Nov. 1874 (Entsch. XVII, p. 124 ff.) einer Entscheidung des frühern Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 15. März 1855 (Vereinssammlung II, S. 77) direct entgegen. Während das letztere bei Prüfung der Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes auf die einzelnen im Contocorrent gebuchten Geschäfte zurückgeht, „weil weder aus Stellung, Einsendung und Anerkennung eines Contocorrents sich eine neue causa debendi herleiten lässt", führt das Reichsoberhandelsgericht aus:

„Der Contocorrent-Saldo ist das Object der Klage. Nur aus der rechtlichen Natur dieses [sc. des Contocorrent-] Verhältnisses kann daher die Frage nach dem Gerichtsstande beantwortet werden. Es ist nicht zulässig, hierfür auf die einzelnen in dem Contocorrent aufgegangenen Rechtsgeschäfte zurückzugehen und die Frage nach der Zuständigkeit des Richters nach den Gründen beurtheilen zu wollen, welche massgebend sein würden, wenn aus einem Einzelgeschäfte geklagt und danach zu untersuchen wäre, wo nach dem eigenthümlichen Charakter des Einzelgeschäfts und den Umständen, unter welchen es zu Stande gekommen, für dasselbe das forum contractus oder solutionis begründet sein würde ... Es reicht hin, dass aus dem Contocorrentverhältnisse Klage erhoben worden ist und dass anerkannt werden muss, dass im rechtlichen Sinne von einem Sitze dieses Verhältnisses [Klägerin hatte an ihrem Wohnsitze geklagt] an sich nicht zu reden ist, welches in einer wechselseitigen, die einzelnen darin aufgenommenen Geschäfte absorbirenden Aufrechnung besteht, bei welchem keinem der Contrahenten an sich und dauernd die Stellung des Gläubigers oder Schuldners zukommt, vielmehr erst der periodische Abschluss ein Forderungsrecht und eine Schuld begründet, für welche letztere alsdann von einem Zahlungsorte nach allgemeinen gesetzlichen Grundsätzen die Rede sein kann."

Man wird ohne Bedenken dem Resultat des Reichsoberhandelsgerichts beitreten und die Gründe des Lübecker Gerichtshofs mit dem Hinweis widerlegen müssen, dass es gar nicht darauf ankommt, ob der Saldo eine neue causa debendi darstellt, da auch zur Entscheidung dieser Frage m. E. die Feststellung genügt, dass der Saldo kraft der mit Eingehung des Contocurrent-Vertrages ausgesprochenen und mit Feststellung des Saldos bethätigten Absicht der Parteien, ein von den Einzelposten selbstständiger nach Aufrechnung beider einheitlich gemachten Massen übrig gebliebener Rest der einen einheitlichen Masse ist, (vergl. meine Anmerkung auf pag. 194 oben).

2. Die Provisionsberechnung im Contocorrent.

Bezüglich dieser Frage findet sich speciell in der französ. Praxis (in der Literatur vergl. u. a. Feitu a. a. O. No. 283 ff. Boistel

théorie juridique du compte courant p. 46 [No. 37] ff.) eine ganze Menge von Einzelentscheidungen hauptsächlich um deswillen, weil in Frankreich die Mehrzahl der Einwendungen gegen Provisionsberechnungen auf das französ. Zinswuchergesetz vom 3. Sep. 1807 gestützt wird. Aeltere derartige Entscheidungen (bis etwa zum Jahre 1854) hat in verdienstvoller Weise Creizenach (a. a. O. ed. 1873, pag. 96/97) zusammengestellt. Weitere Casuistik aus neuerer Zeit, soweit sie für die Praxis von Interesse, findet sich (abgesehen von den bei bei Feitu a. a. O. No. 213 bis 296 angeführten Urtheilen) in folgenden Entscheidungen:

cour de cassation v. 2. Dec. 1873 (S. 1874 I, p. 57): „Doit être considéré comme avance nouvelle donnant lieu à la perception d'un droit de commission le report consenti par le banquier au débit de son client du solde du compte de celui-ci, solde devenu exigible par l'effet de chaque règlement trimestriel de ce compte.“

eod. „Le banquier qui a perçu une commission sur les décaissements, n'a pas droit pour une seconde commission à raison de la remise d'effets qui lui est faite pour le couvrir de ses avances, s'il résulte des circonstances de la cause, que cette remise d'effets à valoir n'a pas constitué elle-même un service distinct du décaissement auquel elle était destinée à faire face.“

eod. „Jl en est ainsi surtout que le banquier perçoit un droit de change pour s'indemniser des déplacements et faux frais nécessités par le recouvrement et l'encaissement des effets.“

cour d'appel de Bourges v. 14. Mai 1873 (S. 1874 II, p. 108):

„Jl est dû au banquier sur les effets dont la remise lui est faite, qu'il les recouvre ou qu'ils reviennent impayés, un droit de change proportionné aux difficultés du recouvrement.“

eod. „Le banquier a droit aux . . commissions ordinaires sur les sommes qui lui sont dues . . tant que le compte courant demeure ouvert, bien que le crédité ait pendant longtemps négligé user du crédit, alors surtout qu'il a accepté sans protester les comptes trimestriels . . .“

cour de cassation v. 15. Nov. 1875 (S. 1876 I. p. 69):

„Le droit de commission n'est pas l'accessoire obligé de toutes avances faites par un banquier en compte courant: la commission n'est due qu'à titre de rémunération d'un service rendu . . .“

eod. „Ainsi il n'y a lieu d'accorder aucune commission sur des sommes simplement reportées d'un compte à un autre en l'absence de tout service rendu par le banquier,“ [a]) (vergl. jedoch die Entscheidung des nämlichen Gerichtshofs vom 11. Febr. 1878 unten).

eod. „Pareillement et en l'absence de service rendu par le banquier aucune commission n'est due sur les valeurs souscrites en couverture et non négociées.“ (Gleiche Entscheidung der cour de cassation am 4. Jan. 1876; S. 1876 I, p, 65.)

[a]) „C'est au juge du fond de décider souverainement, en quoi a consisté ce service et qu'elle est la rémunération due,“ cf. Urtheil der cour de cassation vom 14. Jan. 1878. (S. 1878 II. p. 395.)

cour d'appel de Rennes v. 13. März 1876 und vom 24. Febr. 1879 (S. 1876 II, p. 257):

„Aucun droit de commission ne peut être percu par le banquier pour les versements faits en compte courant par ce banquier à un client, lorsque ces versements ont lieu après l'encaissement des effets; c'est là de la part du banquier et jusqu'à concurrence des effets encaissés le paiement d'une dette." (cf. das oben citirte Urtheil der cour de cass. v. 4. Jan. 1876.)

cour de cassation v. 11. Febr. 1878 (S. II 1878, p. 393):

„Le report trimestriel du résultat exigible d'un compte ancien sur un autre compte peut être assimilé à une avance nouvelle et donner lieu à un droit de commission. [a])

cour d'appel d'Orléans v. 17. Febr. 1881 (S. 1882 II, p. 245):

„une commission peut être perçue à chaque capitalisation sur le report à nouveau du solde restant à la charge du client."

Das richtige Princip aller dieser Entscheidungen ist: nur eine wirkliche Dienstleistung gibt ein Recht auf Commission (Provision).

Diesem Grundsatze will aus der deutschen Rechtssprechung, [b]) welche aber mit derartigen Fragen unendlich selten befasst wird, die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts v. 17. Febr. 1877 (Entsch. XXII, p. 74,) Ausdruck geben, indem sie, unter Berufung auf die französische Literatur und Praxis, ausspricht:

„dass der Banquier für seine Zahlungen immer, für die Einzahlungen des Correspondenten aber nur dann eine Provision zu beanspruchen hat, wenn mit deren Empfang eine besondere Mühewaltung verbunden ist. Dies führt zu der Consequenz, dass vom vorgetragenen Saldo Provision nicht gefordert werden kann, da das Saldoziehen nicht als ein dem Correspondenten geleisteter Dienst angesehen werden kann. Dieser Satz wird ganz allgemein anerkannt, soweit es sich um den Saldo zu Gunsten des Correspondenten handelt, oder genauer: es findet sich nirgends eine Andeutung dafür, dass an eine Berechnung der Provision von einem solchen Saldo-Vortrag gedacht werden könne.

Anders dagegen kann es sich betreffs des zu Gunsten des Banquiers lautenden Saldos verhalten, in dem Fall nämlich, wenn die Absicht der Betheiligten von Anfang an dahin gegangen ist, dass der Credit des Banquiers nur für die laufende Rechnungsperiode gewährt und nach Ablauf derselben der Saldo beglichen werden soll. In diesem Falle erscheint die Uebertragung des Saldos als eine neue Vorschussgewährung, der Banquier kann mithin dafür auch die entsprechende Gegenleistung beziehen." [c]) — J. R.

[a]) Sirey, Anm. 1, 2, 3, 4, pag. 394 eod: „La cour de cassation confirme par le présent arrêt la décision, qui autorise la perception d'un droit de commission sur le report d'un reliquat exigible dun compte à un autre, c'est à dire, sur tout acte qui retarde l'exigibilité, qui prolonge l'échéance."

[b]) Aus der deutschen Literatur vergl. vor Allem Creizenach a. a. O. ed. 1873 § 12.

[c]) Hinsichtlich aller dieser praktischen Fragen findet sich allein in der

§ 50. Resultate.

Es dürfte angezeigt sein, die hauptsächlichsten derjenigen besonderen Fragen in kurzem Auszuge hier zusammenzufassen, welche in den zerstreuten Anmerkungen des Herausgebers erörtert sind:

1. Der Contocorrent-Vertrag ist ein Vertrag, welcher auf gegenseitige Credltgewährung [a]) mit der Massgabe gerichtet ist, dass

französischen Praxis eine reiche Casuistik, wo man auch bezüglich vieler Zinsen- und Buchungsfragen vielfache Belehrung erhalten kann; vergl. Urtheile der cour de cassation vom 2. Dec. 1873 (S. 1874 I, p. 57): „en matierè de comptes courants de banque le point de départ des intérêts est... pour les sommes remboursées le lendemain du remboursement;" vom 15. Nov. 1875 (S. 1876 I, 69): „Le banquier qui reçoit en compte-courant des effets à recouvrer, ne doit l'intérêt de ces effets que du jour de l'éncaissement. Mais il ne peut tout à la fois déduire du capital, dont il crédite le remettant le montant des intérêts depuis le jour de la remise jus'qu'au paiement et débiter en outre celui-çi des intérêts de la somme ainsi déduite à titre d'escompte, de manière à faire produire des intérêts au profit du remettant à partir du jour de l'encaissement: l'usage d'allouer aux banquiers un nombre fixe de jours improductifs d'intérêt ne peut faire obstacle à l'application de la loi;" v. 4. Jan. 1876 (S. 1876 I, 65): „Le banquier qui reçoit des effets à terme en compte courant doit tenir compte au remettant du capital des effets et des intérêts de ce capital à partir de son encaissement. Si pour simplifier des écritures, le banquier crédite le remettant des intérêts de ses remises à compter de leur date, il est fondé à le débiter par le contre d'une somme égale à celle des intérêts courus dans l'intervalle de la remise au paiement des effets; mais il ne peut déduire cette somme du montant des billets et ne créditer le remettant que d'un capital inférieur à celui des effets à recouvrer, de manierè à faire produire des intérêts aux intérêts retenus". (Nach der hierzu gemachten Anmerkung 2 bei Sirey a. a O. p. 65 gibt es „deux manières de passer écriture des effets à terme remis au banquier en compte courant. Voici la première: le banquier crédite le remettant du montant intégral de la remise et le débite de l'escompte . . ce mode de comptabilité est peu usité; . . La deuxième manière . . est: . . le banquier escompte la remise des valeurs du jour de la remise et se borne à créditer le remettant seulement du produit net de la remise, défalcation faite de l'escompte. C'est le mode de comptabilité le plus généralement adopté en banque.") Vergl. schliesslich noch das Urtheil der cour d'appel de Bordeaux v. 8. April 1880 (M. D. Dalloz ainé jurispr. génér. 1881 I, p. 110): „attendu que la méthode suivie dans le commerce pour balancer les comptes courants par nombres quand les intérêts sont réciproques et au même taux, nest pas exacte, quand les intérêts ont été stipulés à un taux différent; que dans ce cas la méthode hambourgoise ou par échelle est la seule que l'on puisse employer . . . Quil est certain en effet, que si le 1. janvier un négociant reçoit de son banquier 10,000 francs, et que le lendemain ce négociant verse pareille somme dans les mains du banquier, que le surlendemain il soit procédé à un règlement, le négociant devra un jour d'intérêts soit 1 frcs. 67 cent. à raison de 6 pour 100, le banquier lui devra pour d'intérêts à 4 pour 100 1 frcs. 11 cent, différence du 6 pour 100 au 4 pour 100 56 centimes; que, si au contraire le règlement se fait à la fin du mois, le banquier aura droit à frcs. 67 cent. multiplié par 30 soit 50 frcs. 10 cent. et le négociant aura droit à 1 frcs. 11 cent. multiplié par 30 soit 33 frcs. 30 cent., balance en faveur du banquier 16 frcs. 80. cent au lieu de 56 cent."

[a]) Credit ist im Anhang p. 82 als: „die freiwillige Gewährung oder

erst die durch (periodischen) Rechnungsabschluss zu ermittelnde Differenz zwischen der ganzen Debet- und Credit-Masse feststellen soll, wer Gläubiger und wer Schuldner ist. [a])

2. Rechtsfolge der Einheitlichkeit der Contocorrentposten ist auch der Umstand, dass lediglich der Saldo der Execution (dem Arreste) unterliegt. [b])

3. Während der Dauer des Contocorrentverhältnisses findet zwischen den Contrahenten eine Klage auf Grund einzelner Posten, selbst wenn diese Posten aus Wechseln (oder kaufmännischen indossablen Verpflichtungsscheinen) herrühren im Zweifel nicht statt. [c])

4. Der Contocorrentvertrag kann auch vor Ablauf des im Voraus bestimmten, oder usancemässigen Termins einseitig gekündigt werden, wenn Umstände auf Seiten eines Contrahenten eingetreten sind, welche den anderen, falls er sie vor Eingehung des Contocorrentverhältnisses gekannt hätte, von Eingehung desselben abgehalten haben würden. [d])

5. Unbezahlt gebliebene Wechsel oder andere Handelspapiere, welche einer der Contocorrentparteien mit einem besonderen dem Zweck des Contocorrentvertrages (gegenseitige Creditgewährung) widerstreitenden Auftrage übersandt werden, können, wenngleich in den Contocorrent des inzwischen fallit gewordenen Empfängers eingetragen, dem Cridar oder dem für diesen besitzenden Dritten vindicirt werden. [e])

6. Die Credit-Bürgschaft und die Credit-Hypothek sichert den bei definitivem Abschluss des Contocorrent-Verhältnisses sich ergebenden Saldo. Die an einem bestimmten Saldo oder an einen bestimmten Posten haftende Sicherheit dagegen erlischt nach gemeinschaftlicher Feststellung eines (neuen) Saldos. [f])

Empfangnahme einer Leistung gegen das blosse Versprechen der Gegenleistung" zu definiren versucht worden.

[a]) p. 79, Anm. α.

[b]) Diese oben (pag. 103) von mir nicht ausdrücklich erwähnte Consequenz des den Contocorrentvertrag beherschenden Princips mag hier ihre Stelle finden; vergl. M. D Dalloz ainé rép. No. 56; Noblet a. a O. No. 75; Feitu a. a. O. No. 245; Boistel précis de droit comm. p 607, Urtheil der cour d'appel d'Alger vom 20. Jan. 1877 (S. 1877 II, 198); Grünhut a. a. O. p. 508.

[c]) p. 114 Anm. a., vergl. die nicht erschöpfende Aufzählung von Ausnahmefällen auf pag. 116, Anm. *.

[d]) cf. pag. 135 Anm. a; vergl. zu den dort Citirten Boistel théor. jurid. pag. 48.

[e]) pag. 143, Anm. a.

[f]) vergl. pag. 192, Anm. a und pag. 193.

7. Der vorstehende Satz folgt nicht aus den Grundsätzen der Novation oder Compensation, sondern aus dem Grundprincip des Contocorrentvertrages: der von den Parteien gewollten und mittelst gemeinschaftlicher Feststellung des Saldos durchgeführten Einheitlichkeit der Credit- und Debet-Masse. [a])
8. Der Gerichtsstand bei Klagen deren Objekt der Contocorrent-Saldo bildet, ist, in Ermangelung besonderer Vereinbarungen, der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten. [b])
9. Nur eine wirkliche Dienstleistung gibt dem Banquier im Contocorrentverhältniss ein Recht auf eine Provision; eine solche liegt aber schon in der Weitergewährung des Contocorrentcredits nach Ablauf der Dauer des Vertrages. [c])

J. R.

§ 51. Der Contocorrent-Vertrag in der internationalen Gesetzgebung. [d])

I. Gesetzgebungen, welche den Contocorrentvertrag erschöpfend behandeln.

Hierher gehören die Handelsgesetzbücher von:

1. Chile:	Der sehr ausführlich und sorgfältig gearbeitete código de comercio, in Kraft seit 1. Januar 1867. [e])
2. Guatemala:	código de comercio in Kraft seit 20. Juli 1877. [f])
3. Honduras:	código de comercio in Kraft seit 27. August 1880.
4. Italien:	codice di commercio in Kraft seit 1. Januar 1883.
5. Venezuéla:	código de comercio in Kraft seit 20. Februar 1873.

[a]) vergl. die Anmerkung eodem.

[b]) vergl. pag. 250.

[c]) vergl. pag. 252.

[d]) Die Hinzufügung dieser Zusammenstellung ist mir durch die freundliche Beihülfe des Herrn Dr. Oscar Borchardt in Berlin ermöglicht worden, dem ich nicht verfehlen möchte, auch an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank auszudrücken.

J. R.

[e]) „Eines der durchdachtesten und anregendsten Gesetzbücher" (Goldschmidt's Handbuch 2. Auflage I, p. 286.)

[f]) Guatemala ist auf pag. XXII. der Einleitung des Werkes v. Dr. O. Borchard: „Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs" (Bd. I, Berlin 1883 R. v Decker's Verlag) unter denjenigen Staaten aufzuzählen vergessen worden, welche den Contocorrentvertrag in ausführlicher Weise regeln; ich bin hierauf durch Herrn Dr. Borchardt selbst aufmerksam gemacht worden.

II. Gesetzgebungen, welche nur einige Bestimmungen über den Contocorrentvertrag enthalten.[a]

Hierher gehören:

1. Deutschland: Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch;
2. Frankreich: Der côde de commerce (ebenso Belgien);
3. Portugal: Der código de comercio;
4. Die Schweiz: Bundesgesetz über das Obligationsrecht in Kraft seit 1. Jan. 1883;
5. Spanien: Der código de comercio;
6. Ungarn: Das ungarische Handels-Gesetzbuch (XXXVII. Gesetzartikel) vom Jahre 1875.

I.

1. Código de comercio de Chile

in Kraft seit 1. Januar 1867.[b]

Titulo IX.

Del contrato de Cuenta Corriente.

Art. 602.

La cuenta corriente es un contrato bilateral i comutativo por el cual una de las partes remite a otra o recibe de ella en propiedad cantidades de dinero u otros valores, sin aplicacion a un empleo determinado ni obligacion de tener a la órden una cantidad o un valor equivalente, pero a cargo de acreditar al remitente por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez hasta concurrencia del débito i crédito i pagar el saldo.

1. Handelsgesetzgebung von Chile

in Kraft seit 1. Januar 1867.[b]

Titel IX.

Von dem Contocorrent-Vertrage.

Art. 602.

Das Contocorrent ist ein zweiseitiger und wechselseitiger Vertrag, nach welchem eine der Parteien der andern Geldbeträge oder andere Werthe übersendet, oder von derselben als Eigenthum empfängt, ohne dass dieselben für einen bestimmten Zweck zu verwenden sind, oder dass die Verpflichtung vorliegt, einen gleichen Betrag oder Werth zur Verfügung zu halten, jedoch mit der Bedingung, den Absender für seine Rimessen zu erkennen, dieselben zu vereinbarten Zeitpunkten zu liquidiren, sie ein für alle Mal bis zum Betrage des Debet und Credit auszugleichen und den Saldo zu bezahlen.

a) Nach alphabetischer Ordnung. Es liegt übrigens in der Natur der Sache dass hier unbedingte Vollständigkeit weder erreicht werden soll, noch kann.

b) Den Originaltext entnahm ich dem „código de comercio concordado por Juan F. Mujica; Santiago de Chile 1874" (Commerz-Bibliothek Hamburg); vergl. Goldschmidt's Handbuch I p. 286, No. XIV.

b) Der deutsche Text ist entnommen dem in Anmerkung f) auf p. 255 citirten Buch von Dr. Oscar Borchardt: „Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs" p. 733 u. 734, mit einigen durch Herrn Dr. Borchardt selbst angegebenen Abänderungen.

Art. 603.

Las cuentas que non reunan todas las condiciones enunciadas en el articulo anterior son cuentas simples o de jestion, i no están sujetas a las prescripciones de este titulo.

Art. 604.

Todas las negociaciones entre comerciantes domiciliados o nó en un mismo lugar, o entre un comerciante i otro que no lo es, i todos los valores trasmisibles en propiedad, pueden ser materia de la cuenta corriente.

Art. 605.

Antes de la conclusion de la cuenta corriente ninguno de los interesados es considerado como acreedor o deudor.

Art. 606.

Es de la naturaleza de la cuenta corriente:

1. Que el crédito concedido por remesas en efectos de comercio lleve la condicion de que éstos serán pagados a su vencimiento.
2. Que todos los valores del débito i crédito produzcan intereses legales o los que las partes hubieren estipulado.
3. Que a mas del interes de la cuenta corriente, los contratantes tengan derecho a una commision sobre el importe de todas las remesas cuya realizacion reclamare la ejecucion de actos de verdadera jestion.

 La tasa de la comision será fijada por convenio de las partes o por el uso.
4. Que el saldo definitivo sea exijible desde el momento de su aceptacion a no ser que se hayan llevado al crédito de la parte que lo hubiere obtenido sumas eventuales que igualen o escedan la del saldo e que los inte-

Art. 603.

Die Rechnungen welche nicht alle im vorigen Artikel angegebenen Bedingungen in sich vereinigen, sind einfache oder Geschäftsrechnungen und den Vorschriften dieses Titels nicht unterworfen.

Art. 604.

Alle Geschäfte zwischen in einem und demselben Orte wohnenden oder nicht wohnenden Kaufleuten oder zwischen einem Kaufmann und einem anderen, der es nicht ist, und alle Werthe, deren Eigenthumsrecht übertragbar ist, können Gegenstand des Contocorrentes sein.

Art. 605.

Vor Abschluss des Contocorrentes wird keiner der Interessenten als Gläubiger oder Schuldner angesehen.

Art. 606.

Es gehört zur Natur des Contocorrentes:

1. Dass das für Zusendungen von Handelseffekten gewährte „Credit" die Bedingung in sich schliesst, dass dieselben bei Verfall bezahlt werden;
2. Dass alle Werthe des „Debet" und „Credit" gesetzliche oder von den Parteien verabredete Zinsen bringen;
3. Dass ausser den Zinsen des Contocorrentes die Contrahenten ein Recht auf eine Kommission bezüglich des Betrages aller Zusendungen haben, deren Realisirung die Ausführung von Handlungen einer wirklichen Geschäftsführung erfordert. Die Höhe der Commission ist entweder durch Vereinbarung der Parteien oder nach dem Brauche festzustellen;
4. Dass der definitive Saldo von dem Momente der Anerkennung ab einziehbar ist, es sei denn, dass die Partei, welche ihn erhalten hat, für etwaige Summen erkannt worden ist,

resados hayan convenido en pasarlo a nueva cuenta.

welche den Saldobetrag ausgleichen oder überschreiten, oder dass die Interessenten darin übereingekommen sind, ihn auf neue Rechnung vorzutragen.

Art. 607.

La admision en cuenta corriente de valores precedentemente debidos por uno de los contratantes al otro, a cualquier titulo que sea, produce novacion, a ménos que el acreedor o deudor, al prestar su consentimiento, haga una formal reserva de derechos. En defecto de una reserva espresa, la admision de un valor en cuenta corriente se presume hecha pura i simplemente.

Art. 607.

Die Aufnahme von Werthen in das Contocorrent, welche von einem der Contrahenten dem andern unter irgend einem Rechtstitel vorher geschuldet wurden, bewirkt eine Schulderneuerung, es sei denn, dass der Gläubiger oder Schuldner, wenn er seine Einwilligung dazu gibt, sich seine Rechte in formeller Weise vorbehält. Wenn ein ausdrücklicher Vorbehalt fehlt, wird angenommen, dass die Aufnahme eines Werthes im Contocorrent bedingungslos stattgefunden hat.

Art. 608.

Los valores remitidos i recibidos en cuenta coriente no son imputables al pago parcial de los articulos que ésta comprende, ni son exijibles durante el curso de la cuenta.

Art. 608.

Die im Contocorrent übersandten und empfangenen Werthe sind nicht zur theilweisen Zahlung der Posten, welche dieses in sich schliesst, zu benutzen oder während der Dauer des Contos einziehbar.

Art. 609.

Las sumas o valores afectos a un empleo determinado o que deban tenerse a la órden del remitente, son estraños a la cuenta corriente, i como tales no son susceptibles de la compensacion puramente mercantil que establecen los arts. 602 i 613.

Art. 609.

Die Summen oder Werthe welche zu einem bestimmten Zwecke verwandt werden oder zur Verfügung des Absenders gehalten werden müssen, sind in das Contocorrent nicht aufzunehmen und als solche nicht, wie es nur im Handel Brauch und in den Artikeln 602 und 613 festgestellt ist, auszugleichen.

Art. 610.

Los embargos o retenciones de valores llevados a la cuenta corriente solo son eficaces respecto del saldo que resulte del fenecimiento de la cuenta a favor del deudor contra quien fueren dirijidos.

Art. 610.

Die Beschlagnahmen oder Zurückbehaltungen von in das Contocorrent aufgenommenen Werthen sind nur bezüglich des Saldos, welcher beim Abschluss des Contos zu Gunsten des Schuldners, gegen welchen sie gerichtet sind, sich ergiebt, von Wirkung.

Art. 611.

La cuenta corriente se concluye por el advenimiento de la época fijada por la convencion o ántes de él por consentimiento de las partes.

Se concluye tambien por la muerte natural o civil, la interdiccion, la demencia, la quiebra o cualquier otro suceso legal que prive a alguno de los contratantes de la libre disposicion de sus bienes.

Art. 612.

La conclusion de la cuenta corriente es definitiva cuandono debe ser seguida de ninguna operacion de negocios, i parcial en el caso inverso.

Art. 613.

La conclusion de la cuenta corriente fija invariablemente el estado de las relaciones juridicas de las partes, produce de pleno derecho, independientemente del fenecimiento de la cuenta, la compensacion del integro monto del débito i crédito hasta la cantidad concurrente i determina la persona del acreedor i deudor.

Art. 614.

El saldo definitivo o parcial será considerado como un capital productivo de intereses.

Art. 615.

El saldo puede ser garantido con hipotecas constituidas en el acto de la celebracion del contrato.

Art. 616.

Caso que el deudor retarde el pago, el acreedor podrá jirar contra el por el importe del saldo de la cuenta.

Art. 611.

Das Contocorrent endigt mit Ablauf der nach der Vereinbarung dafür festgesetzten Zeit oder mit Einwilligung der Parteien vor derselben.

Es endigt auch durch den natürlichen Tod, die Untersagung, Geisteskrankheit, den Concurs oder durch ein andres gesetzliches Ereigniss, welches irgend einem der Contrahenten die freie Verfügung seines Vermögens entzieht.

Art. 612.

Der Abschluss des Contocorrents ist definitiv, wenn auf dasselbe keine weitere Geschäftsoperation zu folgen hat, und ein theilweiser, wenn das Gegentheil der Fall ist.

Art. 613.

Der endgültige Abschluss des Contocorrentes setzt in unveränderlicher Weise den Stand der juristischen Beziehungen der Parteien fest, bewirkt von Rechtswegen unabhängig vom Abschlusse des Contos die Ausgleichung des ganzen Betrages der Debet- und Creditseite bis zur entsprechenden Summe und stellt die Person des Gläubigers und Schuldners fest.

Art. 614.

Der endgültige oder theilweise Saldo ist als ein zinsenbringendes Kapital anzusehen.

Art. 615.

Der Saldo kann mit Hypotheken, welche bei dem Akte des Vertrags-Abschlusses aufgenommen werden, verbürgt werden.

Art. 616.

Falls der Schuldner mit der Zahlung zögert, kann der Gläubiger den Saldobetrag des Contos auf ihn abgeben.

Art. 617.

Las partes podrán capitalizar los intereses en periodos que non bajen de seis meses, determinar la época de los balances parciales, la tasa del interes i la comision, i acordar todas las demas cláusulas accesorias que no sean prohibidas por la lei.

Art. 617.

Die Parteien können die Zinsen in Zeitabschnitten nicht unter 6 Monaten zum Kapital schlagen, den Zeitpunkt der partiellen Bilanzen, die Höhe der Zinsen und Kommission bestimmen und alle sonst nöthigen Klauseln hinzufügen, welche nicht von dem Gesetze verboten sind.

Art. 618.

La existencia del contrato de cuenta corriente puede ser establecida por cualquiera de las pruebas que admite este Código ménos-por-la-de-testigos.

Art. 618.

Das Vorhandensein des Contocorrent-Vertrages kann durch jedes der Beweismittel, welches dieses Handelsgesetzbuch gestattet, mit Ausnahme desjenigen von Zeugen, festgestellt werden.

Art. 619.

La accion para solicitar el arreglo de la cuenta corriente, el pago del saldo judicial o estrajudicialmente reconocido, o la rectificacion de la cuenta por errores de cálculo, omisiones, articulos estraños o indebidamente llevados al débito o crédito, o duplicacion de partidas, prescribe en el término de cinco años.

In igual tiempo prescriben los intereses del saldo, siendo pagaderos por año o en periodos mas cortos.

Art. 619.

Das Klagerecht, um die Regulirung des Contocorrentes, die Zahlung des gerichtlich oder aussergerichtlich anerkannten Saldos oder die Berichtigung des Contos wegen Rechenfehler, Auslassungen, fremder oder fälschlich auf die Debet- oder Creditseite gebrachter Posten oder doppelter Eintragungen zu beantragen, verjährt nach Ablauf von 5 Jahren.

In derselben Zeit verjähren die Saldo-Zinsen, wenn sie jährlich oder in kürzeren Zeitabschnitten zahlbar sind.

2. Der **código de comercio von Guatemala** in Kraft seit 20. Juli 1877, [a]) behandelt den Contocorrentvertrag in Buch II Titel X, Artt. 488—504.

Diese Artikel stimmen wörtlich mit den oben mitgetheilten des código de comercio von Chile überein, mit Ausnahme folgender Abweichungen:

a) In art. 491 No. 2 findet sich der Ausdruck: „der Handelszinsen" (comerciales) statt des Ausdrucks „der gesetzlichen Zinsen" (legales) bei Chile (art. 606, No. 2);

b) Der art. 604 des chilenischen Gesetzbuches fehlt ganz;

[a]) Danach ist jetzt die in der 2. Auflage des Goldschmidt'schen Handbuchs (1875) Bd. I, p. 280 No. III enthaltene Angabe zu berichtigen.

c) In dem — dem chilenischen Artikel 613 entsprechenden — art. 498 fehlt der Passus: „setzt in unveränderlicher Weise den Stand der juristischen Beziehungen der Parteien fest.“

3. Der **código de comercio von Honduras** in Kraft seit 27. August 1880,[a]) behandelt den Contocorrentvertrag in Buch II Tit. IX artt. 600—617.

Diese Artikel stimmen wörtlich mit den oben mitgetheilten des código de comercio von Chile überein, nur heisst es in art. 604 No. 2 „laufende Zinsen“ (corrientes).

4. Codice di commercio del regno D'Italia

in Kraft seit dem 1. Januar 1884.

Titolo XI.

Art. 345.

Il contratto di conto corrente produce:

1. il trasferimento della proprietà del credito annotato in conto corrente a favore del ricevente che se ne dà debito,[b]) e la novazione dell'obligazione precedente nei rapporti tra il rimettente ed il ricevente stesso; però l'annotazione in conto corrente di un effetto di commercio o altro titolo di credito si presume fatta sotto la condizione „salvo incasso“;
2. la reciproca compensazione tra le parti, sino alla concorrenza del rispettivo dare ed avere alla chiusura del conto, salvo il pagamento della differenza;
3. la decorrenza dell'interesse sulle somme annotate in conto corrente a debito del ricevente dal giorno dell'esazione.

L'interesse è calcolato a giorni ed alla ragione commerciale, se non è convenuto diversamente.

4. Handelsgesetzbuch des Königreichs Italien

in Kraft seit dem 1. Januar 1883.

Titel XI.

Art. 345.

Der Contocorrentvertrag bewirkt:

1. Den Uebergang des Eigenthums an den gesammten im Contocorrent gebuchten Werthen auf den Empfänger derselben dadurch, dass dieser sich damit belastet, und die Novation der früheren Verpflichtungen zwischem Uebersender und dem Empfänger; jedoch erfolgt die Buchung eines Handelseffekts oder eines andern Creditpapiers im Contocorrent unter dem „Vorbehalt des Eingangs“;
2. Die wechselseitige Compensation zwischen den Contrahenten bis zum Betrage des respectiven Debet oder Credit beim Abschluss des Contos, vorbehaltlich der Zahlung der Differenz;
3. Die Verzinsung der im Contocorrent zu Lasten des Empfängers gebuchten Posten vom Eingangstage ab.

Die Zinsen werden nach Tagen und in der im Handel üblichen Weise gerechnet, wenn nichts Anderes vereinbart ist.

[a]) Danach muss auch hier jetzt die Angabe in Goldschmidt's Handb. a. a. O. No. V berichtigt werden.

[b]) Dieser Satz leidet an überaus unglücklicher Fassung.

Art. 346.

L'esistenza del conto corrente non exclude i diritti di commissione ed il rimborso delle spese per gli affari ch vi si riferiscono.

Art. 347.

La chiusura del conto corrente e la liquidazione della differenza hanno luogo alla scadenza dei termini stabiliti dalla convenzione a dagli usi del commercio e in difetto alla fine del dicembre di ogni anno.

Sulla differenza decorre l'interesse dalla data della liquidazione.

Art. 348.

Il contratto di conto corrente è sciolto di diritto:

1. per la scadenza del termine convenuto;
2. in mancanza di convenzione, per la disdetta data da una delle parti;
3. per il fallimento di una delle parti;

Lo scioglimento del contratto di conto corrente può essere domandato in caso di morte, di interdizione o di inabilitazione di una delle parti. [a])

Vorgl. noch den art. 6 al. 2. —

Art. 346.

Die Existenz des Contocorrents schliesst den Anspruch auf Commission und Spesen für die darin verzeichneten Geschäfte nicht aus.

Art. 347.

Der Abschluss des Contocorrents und die Ausgleichung der Differenz hat an den durch Vereinbarung oder Handels-Usance festgesetzten Terminen und in deren Ermangelung am 31. Dezember jeden Jahres stattzufinden.

Der Saldo wird vom Tage der Abrechnung ab verzinst.

Art. 348.

Der Contocorrent-Vertrag wird von Rechtswegen beendigt:

1. Durch Ablauf der vereinbarten Zeitdauer;
2. in Ermangelung einer Vereinbarung durch Kündigung seitens einer der Contrahenten;
3. Durch das Falliment eines der Contrahenten.

Die Auflösung des Vertrags kann verlangt werden im Falle des Todes, der Interdiktion oder eintretender Handlungsunfähigkeit einer der Contrahenten.

5. Der **código de comercio von Venezuela** in Kraft seit 20. Februar 1873, [b]) behandelt den Contocorrentvertrag im Buch I Titel XII, artt. 375—392.

Diese Artikel stimmen wörtlich mit den oben mitgetheilten des código de comercio von Chile überein, mit Ausnahme folgender Abweichungen:

a) Abweichend von dem art. 602 des chilenischen Gesetzbuchs lautet art. 375: „Der Contocorrent ist ein Vertrag, in welchem eine der Parteien der andern als Eigenthum Geldbeträge oder andere Werthe übersendet oder von ihr empfängt, ohne dass die Verpflichtung vorliegt, einen gleichen Betrag oder

[a]) Es bedarf wohl kaum des Hinweises, dass die Levy'schen Worte auf pag. 16 dieses Buches: „Das italienische Handelsgesetzbuch schweigt von dem Contocorrent“, sich auf das alte Handelsgesetzbuch bezogen; der neue codice di commercio war auch zur Zeit der 1. Lieferung dieser neuen Ausgabe noch nicht in Kraft.

[b]) So berichtigt sich für Venezuela die Angabe bei Goldschmidt a. a. O. p. 282, No. IX.

Werth zur Verfügung zu halten, jedoch mit der Bedingung, den Absender für seine Rimessen zu erkennen, dieselben zu vereinbarten Zeitpunkten durch Compensation bis zur gleichen Höhe der respectiven Rimessen auf die Totalsumme des Debet und Credit zu liquidiren und den Saldo zu bezahlen."

b) In art. 379 lautet Alinea No. 2 (entsprechend dem chilenischen art. 606 No. 2): „dass alle Werthe des Debet und Credit Zinsen tragen."

II.

1. **Deutschland, allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch:**

a) art. 291: „Wenn ein Kaufmann mit einem anderen Kaufmanne in laufender Rechnung (Contocurrent) steht, so ist derjenige, welchem beim Rechnungsabschlusse ein Guthaben gebührt, von dem ganzen Betrage desselben, wenngleich darunter Zinsen begriffen sind, seit dem Tage des Abschlusses Zinsen zu fordern berechtigt;" [a])

b) art. 294: „Die Anerkennung einer Rechnung schliesst den Beweis eines Irrthums oder Betrugs in der Rechnung nicht aus." [b])

2. **Frankreich côde de commerce:**

a) art. 574: „Pourront être revendiquées, en cas de faillite, les remises en effets de commerce ou autres titres non encore payés, et qui se trouveront en nature dans le portefeuille du failli à l'époque de sa faillite, lorsque ces remises auront été faites par le propriétaire avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition, ou lorsqu'elles auront été, de sa part, spécialement affectées à des paiements déterminés." [c])

b) art. 575: „Pourront être également revendiquées, aussi longtemps qu'elles existeront en nature, en tout ou en partie, les marchandises consignées au failli à titre de dépôt, ou pour être vendues pour le compte du propriétaire."

„Pourra même être revendiqué le prix ou la partie du prix des dites marchandises qui n'aura été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé [d]) en compte courant entre le failli et l'acheteur." [e])

[a]) Vergl. das allgem. Landrecht für die preuss. Staaten Th. II, Tit. 8 § 697: „Wenn Kaufleute sich unter einander wegen wechselseitiger Forderungen an Capital und Zinsen berechnen, so ist der, welchem ein Ueberschuss gebührt, von dem ganzen Betrage desselben, wenngleich darunter Zinsen mit begriffen sind, Zinsen vom Tage des Abschlusses anzusetzen berechtigt."

[b]) Vergl. noch art. 374: Pfandrecht des Kommissionärs am Kommissionsgut wegen „aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften."

[c]) Diese Bestimmung findet sich wörtlich übereinstimmend im belgischen côde de commerce Livre III, chap. X, („Loi sur les faillites, banqueroutes et sursis" vom 18. April 1851) art. 566, nur heisst es da: „avec simple mandat" statt: „avec le simple mandat".

[d]) Es ist dies ein schlechter Ausdruck dessen, was man sagen wollte.

[e]) Diese Bestimmung findet sich wörtlich auch im belgischen côde de

3. **Portugal, Codigo commercial Portuguez** vom 10. September 1833. [a])

Part. I Liv. I Tit. III.

art. 286: „Os juros vencidos de capitaes podem produzir juros ou por um litigio ou por um convenção particular, tractando se de juros vencidos por um anno. Em reformas d'obrigaçoens mercantis é licito capitalizar no novo titulo os juros vencidos para vencimento de novos juros, fosse qual fosse o prazo da duração do titulo precedente."

Theil I Buch I Tit. III.

art. 286. Die verfallenen Zinsen von Capitalien können Zinsen tragen entweder in Folge eines Rechtsstreites oder durch eine besondere Uebereinkunft, wenn es sich um die fälligen Zinsen eines Jahres handelt. Bei Erneuerung kaufmännischer Schuldverschreibungen ist es gestattet, in der neuen Urkunde die fälligen Zinsen zu capitalisiren, welches auch immer der Termin der Dauer der vorigen Urkunde gewesen sein möge.

art 288: „Tem logar o decurso e contagem de juros todas as vezes, que se dá mora no pagamento de divida commercial liquida; e bem assim desde que se forma a liquidação de conta currente entre duas casas commercias, não sendo o debito effectivamente saldado pela casa devedora."

art. 288. Der Lauf der Zinsen und deren Berechnung findet jedesmal statt, wenn ein Verzug in der Zahlung einer liquiden Handelsschuld vorliegt; und ebenso wenn ein Contocorrent zwischen zwei Handelshäusern abgeschlossen ist und die Schuld von dem schuldnerischen Theile nicht effectiv saldirt wird.

4. **Die Schweiz, Bundesgesetz über das Obligationenrecht.**

art. 138: „Eine Verrechnung tritt nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Rechte der Verrechnung Gebrauch machen wolle. Ist dieses geschehen, so wird angenommen, Forderung und Gegenforderung seien, soweit sie sich ausgleichen, schon mit dem Zeitpunkte getilgt worden, in welchem sie zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden.

Vorbehalten bleiben die besonderen Uebungen des kaufmännischen [b]) Contocorrentverkehrs.

art. 335: „Die vorherige Uebereinkunft, dass die Zinsen zum Kapital gechlagen, und mit diesem weiter verzinset werden sollen, ist ungültig.

Vorbehalten sind die kaufmännischen [c]) Zinsberechnungen im Contocorrent und ähnliche Geschäftsformen, bei welchen die Berechnung von Zinseszinsen üblich ist, (Sparkassen, Rentenanstalten u. s. w.).

commerce Livre III chap. X art. 567, nur heisst es da am Schlusse der al. 1: „pour le compte de l'envoyeur." Vergl. den art. 243 des niederländischen Handelsgesetzbuchs (wetboek van koophandel).

[a]) Ich benutze die Ausgabe Porto Na typographia commercial 1858 (von der Commerzbibliothek); vergl. Goldschmidt a. a. O. p. 242, nt. 19.

[b]) Dieses Wort ist hier überhaupt, speciell aber im schweizerischen Gesetzbuche, durchaus ungeeignet.

[c]) Vergl. die vorige Anmerkung.

5. **Spanien, código de comercio**, publ. 30. Mai 1829, in Kraft seit 1. Jan. 1830. [a]

art. 401: „No se debe rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles, ni en otra especie de deuda comercial, mientras que hecha liquidacion de estos no se incluyen en un nuevo contrato, como aumento de capital; ó que bien de comun acuerdo, ó bien por una declaracion judicial, se fija el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devengados hasta entonces; lo cual no podrá tener lugar sino cuando las obligaciones de que procedan estén vencidas, y sean exigibles de contado."

Es werden Zinsen von fälligen Zinsen bei kaufmännischen Darlehen wie bei kaufmännischen Schulden anderer Art nicht geschuldet, bis dieselben liquidirt und in einen Vertrag als Capitalvermehrung aufgenommen werden; oder bis durch gemeinsame Uebereinkunft, oder durch eine gerichtliche Erklärung der Rechnungs-Saldo festgestellt ist, unter Einrechnung der bis dahin verfallenen Zinsen; was nur dann stattfinden kann, wenn die Schuldverbindlichkeiten, aus denen sie entstehen, fällig geworden und sofort acceptirt sind.

Ungarn, Handelsgesetzbuch (1875. Évi XXXVII Törvenyczikk).

§ 285. Ha a kereskedö mas kereskedövel vagy nemkereskedövel folyó számlán alapuló összeköttetésben áll, az, kinek a számadás lezárásakor fennmaradó követelése van, ettöl, habár abban kamatok is foglaltatnak, a lezárás napjától kamatokat igényelhet.

A számadás lezárása, egyéb megállapodás vagy szokás hiányában, minden üzleti év végével történik.

§ 285. Wenn ein Kaufmann mit einem anderen Kaufmanne oder Nicht-Kaufmanne auf Grund laufender Rechnung (Contocorrent) in Verbindung steht, so ist derjenige, welchem beim Rechnungsabschlusse ein Ueberschuss gebührt, von dem Betrage desselben, wenngleich darunter auch Zinsen begriffen sind, von dem Tage des Abschlusses an Zinsen zu fordern berechtigt.

Der Rechnungsabschluss geschieht — in Ermangelung eines anderweitigen Uebereinkommens oder Handelsgebrauches — am Ende eines jeden Geschäftsjahres." [b]

[a] Ich citire nach einer Ausgabe Madrid 1877 (Libreria de Cuesta) herausgegeben „por un abogado del illustre colegio de Madrid" (Commerzbibliothek Hamburg).

[b] Es mag hier auch — auf Grund der Mittheilung des Herrn Dr. Mittermaier (in der „Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht" VI, p. 139 — auf die artt. 705—720 des „código de comercio para el estado de Buenos Aires, sancionado por las honorables camaras el 6 de Octobre de 1859" verwiesen sein. Danach durften (abgesehen vom Verzugsfalle) „Zinsen nur gefordert werden, wenn sie schriftlich bedungen waren; mündliche Zinsbedingung war nichtig. Ausgenommen war der Fall, wo laufende Rechnung geführt und am Schlusse jedes Jahres (also nicht in kürzeren Fristen) der Saldo liquidirt wird; hier durfte von diesem Saldo Zins berechnet werden. Kaufleute unter einander durften sich auch von den einzelnen Posten ihrer laufenden Rechnungen Zinsen berechnen, wenn dies gegenseitig geschah. — Dies ursprünglich nur für das Gebiet von

287 §. A számadás — számla vagy folyó számla — elismerése a tévedés vagy csalás igazolhatását ki nem zárja.

§ 287. Die Anerkennung einer Rechnung — Nota oder Contocorrent — schliesst den Beweis eines Irrthums oder Betruges nicht aus.

J. R.

Buenos Aires erlassene Handelsgesetzbuch ist später — am 10. September 1862 — für ganz Argentinien als Gesetz publicirt worden (cf. Borchardt a. a. O. I p. 70); in diesem Gesetze sind namentlich die Artikel 718 al. 2 und 720 al. 2 zu vergleichen. In art. 720 al. 2 ist aber bei Borchardt statt: „Rechnungen" zu lesen: „laufende Rechnungen".

Druck von Leopold & Bär in Leipzig.

Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Freiburg i. B.

Die Konkursordnung

für das

Deutsche Reich

nebst dem Einführungsgesetze und dem Württembergischen Ausführungsgesetze.

Erläutert von

W. Stieglitz,

Landgerichtsrath in Stuttgart.

(XXXIX. 779 Seiten) gr. 8. broch. M. 15.—.

Man darf mit vollem Recht sagen, dass dieser Commentar demjenigen, welcher mit dem Konkursverfahren zu thun hat, alles bietet, was er braucht und dass er daher insbesondere für Württembergische Praktiker ein sehr nützliches und werthvolles Werk ist „ Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit.

Die Zwangsvollstreckung

nebst

dem Mahnverfahren

in Erläuterungen

zur Civilprozessordnung

mit besonderer Berücksichtigung des Württembergischen Rechts

dargestellt von

Dr. L. Gaupp,

Landgerichtsrath in Ellwangen.

Separat-Abdruck aus dem Commentar desselben Verfassers.

1881. 40 Bogen. Taschenformat gebunden M. 5.—.

„Auf Wunsch der Verlagshandlung hat der Verfasser, um vielfachen Nachfragen zu genügen, diesen Separatabdruck der Erläuterungen zu den Vorschriften über das Mahnverfahren und die Zwangsvollstreckung aus seinem Commentar zur Civilprozess-Ordnung veranstaltet. Die hervorragende Bedeutung des Gaupp'schen Commentars ist in den Beiträgen — Bd. 24 S. 595, Bd. 25. S. 506 — wiederholt anerkannt. Wir verweisen auf diese Anzeigen."

Gruchot's Beiträge. XXVI. 4. 5. Rassow.

Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
in Freiburg i. B.

Internationale Geldschulden.

Beitrag zur Rechtslehre vom Gelde.

Von

Dr. Gustav Hartmann,

Geheimem Justizrath und Professor in Göttingen.

8. 1882. (VIII. 83 Seiten.) M. 2. —.

Der civilrechtliche Inhalt

der

Reichsgesetze.

Systematisch zusammengestellt und verarbeitet

von

Gustav Mandry,

Professor der Rechtswissenschaft zu Tübingen.

Zweite erweiterte und durchgearbeitete Auflage.

8. 1882. (XV. 604 Seiten.) M. 10. —.

Die Civilprozessordnung

für das Deutsche Reich

nebst den auf den Civilprozess bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und den Einführungsgesetzen.

Mit eingehender Berücksichtigung des Württembergischen Landesrechts erläutert

von

Dr. L. Gaupp,

Landgerichtsrath, s. Zt. Mitglied der Justizkommission des Reichstags.

Erster Band.	(XII. 567 Seiten)	1879, gross 8.	brochirt	. .	M. 8 —
Zweiter Band.	(VIII. 663 Seiten)	1880, gross 8.	brochirt	. .	M. 10 —
Dritter Band.	(XII. 727 Seiten)	1881, gross 8.	brochirt	. .	M. 14 —

„Unter den zahlreichen Commentierungen, welche die Civilprozessordnung erfahren hat, nimmt die vorliegende Arbeit jedenfalls einen hervorragenden Platz ein. Sie zeichnet sich insbesondere durch musterhafte Gründlichkeit aus; nur selten wird man Fragen, deren Behandlung in einem Commentar billiger Weise verlangt werden kann, übergangen finden. Auch dass bei der Erläuterung von den sog. Materialien, insbesondere von den Protokollen der Reichs-Justiz-Commission nur sparsamer Gebrauch gemacht worden ist, wird man als Vorzug rühmen dürfen. Es wäre daher zu bedauern, wenn das treffliche Werk nicht auch ausserhalb Württembergs, für welches es in erster Linie berechnet ist, Verbreitung fände.

Deutsche Litteraturzeitung. 1882. Nr. 30.

Leopold & Bär in Leipzig.

87[14], 88[a], 89[2] 90[a]

W

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Levy, Isaac A.

Der Contocorrent-Vertrag mit besonderer Berücksichtigung der neueren deutschen Theorie und Praxis

Freiburg i. Br.[u.a.] 1884

Merc. 128 fm
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11654589-7